سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي (١)

الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

محمد قدري باشا

(المتوفى سنة ١٣٠٦هـ)

وشرحه لمحمد زيد الإبياني

مع ملحق قوانين الأحوال الشخصية العربية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د. محمد أحمد سراج
أستاذ الدراسات الإسلامية بالجامعة الأمريكية

أ. د. علي جمعة محمد
مفتي الديار المصرية

المجلد الأول

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

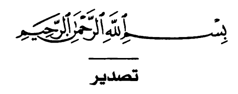
الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

الطبعة الأولى
١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م
تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية
الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)
بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com



تصدير

يعزم مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية على إصدار سلسلة دراسات متخصصة في تقنين الفقه الإسلامي مما سنته الدول الإسلامية والعربية وألزمت بتطبيقه ، مثل : مجلة الأحكام العدلية ، وقانون نامة ، وغيرها ، أو مما صاغه النابهون من علماء الأمة ؛ لتيسير الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وقواعده على غير المتخصصين فيه ، وذلك كمرشد الحيران ، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية وغيرها .

والهدف من نشر أعمال هذه السلسلة هو : تأكيد الجانب الحضاري والاجتماعي للفقه الإسلامي ، مع إلقاء الضوء على هذه الأعمال الكبيرة البالغة التأثير في كثير من التشريعات والقوانين العربية المعاصرة ، مما قد يساعد على فهم أكثر دقة لتاريخ الفقه الإسلامي ، وعلى استلهام مبادئه وقواعده في إجراء العدالة في مجتمعاتنا المعاصرة .

ونطمح أن نصل من نشر نصوص هذه التقنينات مشروحة وموثّقة إلى مشروعنا الخاص في تقنين أحكام الفقه الإسلامي في فروعه المختلفة وإدراكًا منا لأهمية إصدار مثل هذا العمل في تقريب قيام الوحدة التشريعية للبلاد العربية والإسلامية التي تعتقد أنها ليست ممكنة التحقيق فحسب ؛ بل هي واجبة كذلك لدفع عجلة التنمية والتقدم في هذه البلاد .

ويجب أن نشكر لمؤسسة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ترحيبها بتبني هذه السلسلة ، والله ولي التوفيق .

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

بسم الله الرحمن الرحيم (١)

١ - هذه مقدمة للتعريف بكتاب « **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية** » وبمؤلفه قدري باشا . وهو أحد الكتب الثلاثة التي ألفها قدري باشا متبعًا منهاجًا خاصًا هو : منهج التقنين وترتيب الأحكام الشرعية في مواد متتابعة سهلة المأخذ قريبة التناول على غير المتخصصين في الفقه الإسلامي والعارفين بلغته ومصادره .

وهذه الكتب الثلاثة التي حازت شهرة واسعة في العصر الحديث هي : مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، والكتاب الذي نقدم له ، وكتاب قانون العدل والإنصاف للقضاء في مشكلات الأوقاف .

وإنما ذاعت شهرة هذه الكتب حتى ما يغيب اسم واحد منها عن ذاكرة محامٍ ولا قاضٍ ولا طالب حقوقٍ ولا رجلٍ من رجال الشرع الإسلامي ، وبتعبير محمد حسين هيكل : لجدة أسلوبها وترتيبها واعتمادها منهج التقنين لأرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، مما يسر على المشتغلين بالعمل القانوني الرجوع لما رجحه علماء هذا المذهب .

٢ - وعلى الرغم من ذيوع شهرة هذه الكتب وعموم فائدتها وكثرة الإشارة إليها في المذكرات الإيضاحية للقوانين العربية ، فإن مؤلفها لم ينله شيء من هذه الشهرة لدى هؤلاء المشتغلين بالعمل القانوني الذي بذل وسعه لمعاونتهم أو لدى غيرهم . وليست لدي القدرة على موافقة محمد حسين هيكل في تعليل ذلك بأن شهرة المؤلفات هي التي جنت على المؤلف حتى ليكاد يُخفَى خَبَرُهُ ، وإنما هي الظروف العامة التي أقصت الفقه الإسلامي عن بؤرة الاهتمام بعد إقصائه عن التطبيق واستبدال القوانين الغربية الأصل به ، وهو ما أدى إلى عدم الاكتراث بأصحاب المحاولات الضخمة في تطوير صياغة أحكام الفقه الإسلامي بالإفادة مما حققته النظم القانونية العالمية في الترتيب والتنظيم . ولهذا سوف نبدأ في هذه المقدمة بالتعريف بالمؤلف وحياته العلمية والوظيفية والظروف العامة التي حددت مجرى عمله ومقصودة من هذا العمل لنتبع ذلك بحديث عن الكتاب الذي نقدم له .

---

(١) ينظر : تراجم مصرية وغربية (ص ١٠١) .

٣ - قدري باشا :

تنحصر المراجع المعتمد عليها لتحرير حياة المؤلف في مقالين ؛ أولهما : نشر بالمقتطف في العدد الصادر أول أبريل ١٩١٦م الموافق ٢٨ من جمادى الأولى سنة ١٣٣٤هـ ، وصاحب هذا المقال هو توفيق أفندي إسكاروس الذي يصرح في صدر مقاله بأنه استخلص ترجمته لقدري باشا من نجله محمود بك ومن بعض أصدقائه .

أما المقال الآخر : فهو لأديب مصر الكبير محمد حسين هيكل المنشور في تراجم مصرية وغربية ، وقد أمدنا به الأستاذ الكريم طارق البشري، فلزم الشكر والتنويه .

٤ - ولد محمد قدري باشا عام (١٨٢١م) بمدينة ملوي في صعيد مصر ، لأب تركي جاء مصر واستوطنها والتزم بعض القرى المحيطة بهذه المدينة ، ثم عين حاكمًا عليها ، أما أمه فمصرية الأصل حسنية النسب . ولا بد أن يكون الطفل قد بدأ تعليمه كغيره من الناس آنذاك بحفظ شيء من القرآن الكريم ودراسة العلوم الدينية والعربية والحساب ، ليدخله أبوه بعد ذلك مدرسة أهلية صغيرة ، حتى إذا أتم الدراسة بها جاء إلى القاهرة ليلتحق بمدرسة الألسن المشهورة التي كان مقرها في أبي زعبل ، وكان منهج دراسة اللغة العربية بها مشابهًا لنظيره في الأزهر أيام رئاسة رفاعة الطهطاوي لهذه المدرسة ، ومع ذلك فكثيرًا ما كان يتردد هذا الطالب على الجامع الأزهر ليحضر دروس النابغين من أساتذته حتى بعد تعيينه مترجمًا مساعدًا بهذه المدرسة ، مما يدل على شغفه بدراسة العلوم الشرعية واللغوية والتبحر فيها على النحو الذي ظهر أثره فيما ألفه بعد ذلك من مؤلفات تنم عن خبرة عميقة بالفقه الإسلامي .

٥ - وقد عين محمد قدري عقب تخريجه بمدرسة الألسن مترجمًا بوزارة المالية ، ثم سافر إلى الشام مترجمًا لواليها شريف باشا المعين من قبل الحكومة المصرية التي بسطت سلطتها عليه بعد طرد العثمانيين منه ، ثم سافر إلى الآستانة مع شريف باشا ليعود إلى مصر أيام الخديوي إسماعيل ، حيث عمل مربيًا لولي العهد توفيق وإخوته ، ولم يطل به المقام في ذلك فعين مستشارًا بالمحاكم المختلطة ، ثم اختير ناظرًا للحقانية ، ثم وزيرًا للمعارف فترة قصيرة يعود بعدها وزيرًا للحقانية مرة أخرى .

وقد صدرت لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أثناء توليه هذه الوزارة ، وكان مكلفًا بالاشتراك في وضع القانون المدني وقانون تحقيق الجنايات . وقد اشترك قبل ذلك بتكليف رسمي من السلطان عبد العزيز مع مصطفى أفندي رسمي في تنقيح الدستور

العثماني ، وأتما ذلك بهمة واضحة تدل على معرفتهما بتطور القانون الدستوري في الغرب ، كما يدل طلب السلطان من الخديوي إسماعيل تكليف قدري باشا بالاشتراك في هذا التنقيح على مدى الشهرة التي نعم بها في إحاطته بالعلم القانوني مما رشحه بعد ذلك لتولي وزارة الحقانية ثلاث مرات . ويلزم التنويه بمحاولتي العثور على ملف خدمة هذا الوزير النابه لدى وزارة العدل المصرية فلم أوفق إلى ذلك . ولعلنا نستطيع بذل محاولة أخرى في القريب العاجل .

٦ – ولم يشغله تقلد هذه المناصب وتوليه هذه المسئوليات عن التأليف والترجمة في عدد من المجلات اللغوية والأدبية والتاريخية والقانونية والفقهية .

وفيما يلي قائمة بمؤلفاته الأدبية التاريخية :

١ – لمحة تاريخية لمصر . طبعت بالقاهرة بمطبعة أنسي وموريس بالموسكي سنة ١٨٦٩ في ١٥ صحيفة .

Notions geographiques accompagnees de quelques notices historiques sur les principals villes de l'Egypte, publiees et traduites en arabe a l'usage de la jeunesse Egyptienne. Lmprimerie p. Cumbo 1869.

٢ – معلومات جغرافية مصحوبة ببعض نبذ تاريخية لأهم مدن مصر . جمعت وترجمت بالعربية لفائدة الشبيبة المصرية . طبعت بالقاهرة سنة ١٨٦٩م بمطبعة كومبو في ٢٣١ صحيفة.

وقد أهدى هذا الكتاب إلى ولي العهد ثم أعيد طبعهُ في فيينا بالمطبعة الملوكية سنة ١٨٧٠م حينما كان هناك مع ولي العهد يداوي عينيه ووصف نفسهُ بأنهُ بدائرة ولي العهد في ٢٥٨ صحيفة وخريطة .

Abrege de la grammaire franqaise traduite en arabe a l'usage de la jeunesse Egyptienne.

٣ – مختصر الأجرومية الفرنساوية . ترجمت إلى العربية لفائدة الشبيبة المصرية . وقد تكررت طبعاتها وأهديت إحداها إلى شريف باشا بوصف كونه ناظرًا للمعارف المعروفة آنئذ بديوان المدارس المصرية .

Nouveau guide de conversation franqaise turque et arabe ou la langue franqaise mise a la portee des Orientaux.

٤ - الدر المنتخب من لغات الفرنسيس والعثمانيين والعرب . ألفهُ أيضًا حينما كان بدائرة ولي العهد . طبع بالإسكندرية سنة ١٨٧٠م وأعيد طبعهُ بالمطبعة الأهلية حينما كان بالمعية السنية.

٥ - آجرومية في اللغة العربية بقواعدها . ولم تطبع بعد .

Guide de conversation franqaise arabe contenant une methode d'enseignement simple pratique pour l'etude de ces deux langues a l'usage des indigenes et des Europeens.

٦ - الدر النفيس في لغتي العرب والفرنسيس . تكررت طبعاتهُ أيضًا وهو كتاب ضخم يقع في ٧٠٠ صحيفة ونيف .

٧ - اللآلي السنية في ثلاثة أجزاء : أحدها للمفردات ، والآخران للجمل والأمثال . طبعت سنة ١٢٨٠هـ .

٨ - مفردات في علم النباتات . لما كان أستاذًا للغة الفرنساوية في القصر العيني ، مطبوع في كتاب لغوي .

٩ - المترادفات باللغة الفرنساوية والعربية . طبع عدة طبعات

Vocabulaire Franqais, Arabe Biographie de S.A. le Khedive Mohammed Tewfik Pacha.

١٠ - ترجمة سيرة محمد توفيق باشا خديوي مصر . يظهر أنهُ وضعها بناءً على طلب سموه ، وأودعت في كتبخانة المعية السنية ، وأرسلت صورة منها لباريس لتطبع في كتاب التاريخ العام .

١١ - رسالة في علم الصرف . مخطوطة في عشر ورقات كتبت سنة ١٣٠٠ هـ اشتريت وحفظت بدار الكتب .

١٢ - قطر أنداء الدِيَم في النصائح والمواعظ والحكم . جمعهُ من كتب الأدب ، وطبع بمطبعة المدارس على مثال مجموعة المرحوم عبد الله باشا فكري المسماة : الدرر الغوال في المواعظ والأمثال .

١٣ - ديوان أشعار . جمعهُ نجلهُ محمود بك . لم يطبع بعد على حدة لكن كانت أشعارهُ وقصائدهُ تنشر في الوقائع المصرية بعضها طويلة في ١٥٠ بيتًا.

٧ - أما مؤلفاته القانونية ففيما يلي قائمة بها :

١ - قانون الحدود والجنايات . وهو ترجمة للقانون الجنائي الفرنسي، وقد طبعت هذه الترجمة عام ١٢٨٣ هـ .

٢ - واشتغل بوضع مؤلف عنوانهُ : أجاسن الاحتياطات لما يتعلق بتقليل الجنايات . وسماهُ بالفرنساوية .Le bon regirne pour diminuer le crime وهو تحت نظر وزارة الحقانية اليوم قدمهُ ولدهُ بواسطة سعادة كحيل باشا ، كما اشتغل بتعريب قوانين المحاكم المختلطة حوالي سنة ١٨٧٤م مع اللجنة الرسمية المكلفة بذلك في نظارة الحقانية المنشأة حديثًا استعدادًا لاختيار ما يلائم وضعه للمحاكم الأهلية لتطبيقها على العرف والعادة .

٣ - قام بتنقيح القوانين المصرية الأهلية .

Modification des codes des tribunaux indigenes.

٤ - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان . ملائمًا لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية . ولا يمكن لغير متضلع في أحكام الشريعة الغراء وواقف على دقائق المذهب الحنفي أن يلم بدقائقه ؛ إذ لخصهُ من عدة كتب في الفقه مستشهدًا بآراء الأئمة والمجتهدين .

أما النسخة الأصلية المخطوطة ؛ فمحفوظة بدار الكتب السلطانية واشتريت من الورثة بمبلغ خمسين جنيهًا وخابر علي باشا مبارك فضيلة مفتي الديار المصرية الشيخ محمد العباسي المهدي الحنفي في نوفمبر سنة ١٨٨٩م (٩ ربيع أول سنة ١٣٠٧هـ) في ذلك فأصلح وغير تطبيقًا لما عليه العمل ، وانضم إليه فضيلة الشيخ حسونة النواوي وكان وقتئذ مدرس الشريعة الإسلامية بمدرستي دار العلوم والحقوق . وصدر قرار نظارة المعارف في أواخر سنة ١٨٩٠م وطبع على نفقتها بالمطبعة الأميرية وتكررت طبعاتهُ ؛ لأنهُ تقرر تدريسه بمدرسة الحقوق وحفظت حقوق الطبع لها . وقد ترجمه إلى اللغة الفرنساوية سعادة عبد العزيز كحيل باشا المستشار بمحكمة الاستئناف الأهلية أيام كان وكيلًا لمحكمة الإسكندرية الأهلية على نفقة النظارة بقرار وزاري ، وزيد على الترجمة من مخطوط في المقاصة وبعض مواد أخرى سلمهُ نجل المؤلف للوزارة .

٥ - قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف . طبع ببولاق سنة ١٨٩٤م ترجمهُ أيضا كحيل باشا سنة ١٨٩٦م بناء على طلب نظارة المعارف العمومية وتصديق ناظر الحقانية .

٦ - كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية . طبع ببولاق سنة ١٢٩٨هـ . ثم طبعهُ أمين أفندي هندية بترخيص نظارة المعارف وتعددت طبعاتهُ بها . وقد شرحه حديثًا الأستاذ محمد بك زيد الأبياني مدرس الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق السلطانية وقال في المقدمة : وهو ذلك الكتاب الذي وإن جمع من فقه أبي حنيفة ما يختص بذات الإنسان من الأحكام في مواد سهلة الفهم قريبة التناول على من ليس لهُ سابقة عهد بمزاولة فهم عبارات الفقهاء وحل رموز المتون ومعرفة اصطلاحات الشراح والمعلقين ، بيد أن مؤلفهُ رحمه الله لم يَبْعُدْ به الإيجاز عما لم يسلم منهُ كل مختصر ، بل جاءت بعض مواد كتابه غامضة العبارة مبهمة الإشارة ، والأخرى مطلقة الأحكام الواجبة التقييد .

لذلك رأيت من الواجب عليَّ ألا أبقي إيجاز هذا الكتاب على ما حوى من غزارة الفائدة عقبة تحول دون استفادة الطالبين وطلسمًا تشخص عنده أبصار المحصلين ، فلم أزل أنقب أثناء تدريسي له في كتب القوم فأفتتح مغلقهُ ، وأقيد مطلقه ، وأكمل ناقصهُ ، وأتمم وسائلهُ ، وأشرح مسائلهُ .... إلخ » .

وفي فهرس مكتبة محكمة الاستئناف تنسب إليه ترجمة الأحوال الشخصية والمواريث إلى الفرنساوية . طبع بالإسكندرية سنة ١٨٧٨م على أنهُ هو واضعهُ أصلًا وترجمته .

Droit musalman. Statut personnel et de successions d'apres le rite Hanafite. Traduetion Alexandrie 1878.

وفي دار الكتب السلطانية نسخة مخطوطة أخالها وحيدة ولم تطبع بعد ، اشتريت من الورثة والتركة عقب وفاة المترجم وهي :

٧ - تطبيق ما وجد في القانون المدني موافقًا لمذهب أبي حنيفة . وهي بقلم عادي في ١١٤ ورقة في قالب الربع ، مسطرتها واسعة وخطها واضح جلي . جاء في الفاتحة بعد البسملة : « هذا بيان المسائل الشرعية التي وجدت في القانون المدني مناسبة أو موافقة لمذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان » « من بند ١ من القانون إلى بند ٢٢٣٨ ، وفي كل بند يذكر موافقتهُ أو عدم موافقته للمذهب ، وموافقتهُ بالمطابقة أو حيث لا مانع شرعًا ، ثم يشير معيِّنًا المواد في القانون الأهلي سواء كان مدنيًا أو في الجنايات . وفي اعتقاد كل منصف أنهُ عمل شاق لا يعرف قدره إلَّا عالم متبحر قدير ،

ولم يذكر في أي سنة وضعت ، ولا كاتب النسخة .

٨ - وإذ تدل مؤلفاته اللغوية والأدبية العديدة على مبلغ تمكنه في اللغتين العربية والفرنسية ، فإن مؤلفاته القانونية والتشريعية تدل على سمات مشروعه الحضاري الذي كان يؤمن به ، وعلى قسمات منهجه العملي الذي تجدد في إطار ظروف سياسية واجتماعية معينة، هي ظروف الاستقواء والهيمنة الغربية . إنه ليس آحادي الثقافة ؛ فهو دارس متعمق للفقه الإسلامي في رحاب الجامع الأزهر ، وهو ملم بما تحقق للعلم القانوني الغربي من تقدم ، يكشف عن هذا كلٌّ من ترجمته لقانون العقوبات الفرنسي ، وقوانين المحاكم المختلطة ، واشتراكه في تنقيح الدستور العثماني طبقًا لما سلفت الإشارة إليه . ولم تكن القوانين التي أصدرتها السلطات السياسية والمتعاقبة متفقة مع مفاهيم إدارة العدالة في الدولة الحديثة ، كما لم يكن أداء النظام القضائي في مستوى هذه المفاهيم ، ولذا انحاز قدري باشا ، بين من انحاز من النخبة المؤثرة ، إلى استلهام القوانين الغربية ، وترجمة القوانين الفرنسية والإفادة منها فيما سعى إليه من إصلاح قضائي وتشريعي ، وتراه لهذا بين الطليعة التي حققت التغيير التشريعي بما ترتب عليه من إقصاء الفقه الإسلامي عن التطبيق وإحلال قوانين غربية الأصل محله .

لقد بدا الإصلاح التشريعي أمرًا واجبًا ، ولم يكن بالوسع إقناع القوى السياسية المؤثرة بإمضاء هذا الإصلاح بمنهج مرشد الحيران الذي يقوم على تغيير الترتيب وإضفاء شيء من التبويب والتنظيم ، فلم يبق سوى إمضاء التغيير بمنطق الثورة على الأوضاع التشريعية والقضائية السائدة وإحلال غيرها محلها ، وهو ما تحقق بصدور مجموعات القوانين الأهلية التي صدرت في عهده .

٩ - أما كتاب « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان » فيشتمل كما جاء في مقدمته على « الأحكام المختصة بذات الإنسان من حين نشأته إلى حين منيته ، وتقسيم ميراثه بين ورثته » . ويتجه هذا الكتاب إلى المشتغلين بالعمل القانوني، فقد ذكر قدري باشا في المقدمة إلى أنه نظم لآلئ هذا الكتاب ليستضاء بأنواره البهية في المحاكم المصرية .

١٠ - ويدل مصطلح الأحوال الشخصية طبقًا لما تضمنه هذا الكتاب على : أحكام النكاح ومقدماته وموانعه ، والولاية ، والوكالة ، والكفاءة فيه ، والمهر وقضاياه ، وأنواع النكاح وما يترتب عليه من آثار في النفقة وسائر الحقوق الأخرى ، والطلاق ، والتفريق ،

والعدة ، والنسب ، والرضاعة ، والحضانة ، والوصاية ، والحجر ، والهبة ، والوصية ، والمفقود ، والمواريث .

١١ - وتلزم الإشارة إلى أن مصطلح الأحوال الشخصية مصطلح تبلور داخل النظم القانونية الغربية التي فرقت فيما يشتمل عليه القانون المدني بين الأحكام المتعلقة بذات الإنسان وشخصه ، وبين الأحكام المتعلقة بأمواله ، وقد نشأ هذا التفريق داخل النظام القانوني الإيطالي، ثم انتقل منه إلى غيره من القوانين الأوربية .

وقد سعت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في يونيو ١٩٣٤م إلى تقديم تعريف لمصطلح الأحوال الشخصية ، فجاء في هذا الحكم أن « المقصود بالأحوال الشخصية : هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرًا قانونيًا في حياته الاجتماعية ؛ ككون الإنسان ذكرًا أو أنثى ، وكونه زوجًا أو أرمل أو مطلق ، أو ابنا شرعيًا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها ؛ لصغر السن ، أو عتهه ، أو جنونه ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية : فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ، وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية . غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية » .

١٢ - ولا يختلف مفهوم مصطلح الأحوال الشخصية طبقا لهذا التعريف عما سار عليه قدري باشا في إدراجه موضوع الهبة وبعض الموضوعات المالية الأخرى ؛ كالوصية والنفقة بجميع أنواعها . غير أن القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨م قد أخرج الهبة من موضوعات الأحوال الشخصية ونظم أحكامها في المواد (٤٨٦ ، ٥٠٤) باعتبارها من المسائل المالية .

١٣ - وإذا اتضح مجال الأحوال الشخصية في تحديد قدري باشا على هذا النحو، وأنه لا يخرج عما استقر عليه الأمر في القانون المصري إلا في موضوع الهبة ، فإن الذي يتبادر إلى الذهن هو التساؤل عن حقيقة مسئوليته عن صوغ هذا المصطلح وتحديده على النحو الذي تبنته محكمة النقض المصرية فيما بعد . وليس القصد من البحث عن إجابة لهذا التساؤل إزْجاء وقت الفراغ ، وإنما القصد هو تعيين مسيرة هذا المصطلح ، وإذكاء

الوعي بأصول نشأته في التفكير القانوني الحديث .

١٤ - والأولية التي لا جدال في تحققها لقدري باشا في هذا الكتاب ؛ أنه أول تقنين منهجي منظم لموضوعات الأحوال الشخصية ، مما يَسَّر صدور قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية بعد ذلك ، وهو أمر له أثره دون شك في تيسير التقاضي بين المتنازعين في أكثر المجالات حساسية وتأثيرًا ، وهو مجال الأسرة . وقد جاء هذا التقنين في (٦٤٧ مادة) موزعة على جزئين ، يضم أولهما : خمسة كتب في موضوعات النكاح ، وما يجب لكل من الزوجين على صاحبه ، وفرق النكاح ، والأولاد، والوصي والحجر والهبة والوصية ، أما الجزء الثاني : فيضم أحكام المواريث . ويشتمل كل جزء منهما على عدد من الأبواب والفصول والمواد المتابعة الأرقام ، بما ييسر استدعاء المادة باستخدام رقمها الخاص بها .

وإذا كان قدري باشا قد استفاد في هذا التقنين من مناهج التقنين الغربية وأشكال الصياغة في النظم القانونية الغربية ، فلا شك في حفاظه على مضمون هذه المواد واستمدادها من المصادر المعروفة في الفقه الحنفي ؛ كالهداية وفتح القدير والفتاوى الهندية ورد المحتار وغيرها .

١٥ - وقد طبع هذا الكتاب الذي نقدم له أول ما طبع عام ١٢٩٨ هـ ، ثم تعددت طبعاته تحت إشراف وزارة المعارف ، وتقرر تدريسه في مدرسة الحقوق الخديوية ، وعهد بذلك إلى الشيخ محمد زيد الإبياني (١٢٧٨ هـ = ١٨٦٢م - ١٣٥٤ هـ = ١٩٣٦ م) فقام بشرحه شرحًا وافيًا ، ذلك أنه رأى أن هذا الكتاب « وإن جمع من فقه أبي حنيفة ما يختص بذات الإنسان من الأحكام في مواد سهلة الفهم قريبة التناول على من ليس له سابقة عهد بمزاولة فهم عبارات الفقهاء وحل رموز المتون ومعرفة اصطلاح الشراح والمعلقين ، بيد أن مؤلفه رَحِمَهُ اللَّهُ لم يعد به الإيجاز عما لم يسلم منه كل مختصر ، بل جاءت بعض مواد كتابه غامضة العبارة مبهمة الإشارة ، والأخرى مطلقة الأحكام الواجبة التقييد ، لذلك رأيت من الواجب عليَّ ألا أبقي إيجاز هذا الكتاب على ما حوى من غزارة الفائدة عقبة تحول دون استفادة المطالعين وطِلَّسْمًا تشخص عنده أبصار المحصلين ، فلم أزل أنقب أثناء تدريسي له في كتب القوم فأفتح مغلقه ، وأقيد مطلقه ، وأكمل ناقصة ، وأتمم وسائله ، وأشرح مسائله ، بل لم أقصر في حكاية خلاف فقهاء المذهب وغيرهم من المذاهب الأخرى في كثير من المسائل ، مبينًا في كل مسألة حكمة الحكم ودليل كل مجتهد فيها ، فكان من عملي هذا شرح يألفه كل طالب ، ولا يأنف

عن مراجعته من هو في الحقيقة راغب . ولم أنهج في ذلك طريقة قدماء الشراح من ارتباطهم بعبارة الأصل ، وتخلل كلامهم فيها ؛ بل بينت مسائل كل باب على مقتضى ترتيبها الطبيعي ، ذاكرًا كل مسألة مستقلة بنفسها ، غير مرتبطة بلفظ من ألفاظ المادة الأصلية منعًا للخلط والتشويش » .

١٦ - وقد آثرنا إثبات هذا الشرح مع توثيق ما جاء فيه توثيقًا علميًّا سليمًا يحدد مراجع هذا الشرح ببيان اسم مصدره ورقم جزئه وصفحته ، مما ييسر الاستزادة لمن أراد ، أو المراجعة والتدقيق لمن رغب في شيء من ذلك ، حتى تتم الفائدة من هذا العمل الذي ما يزال مرجعًا أساسيًّا للمشتغلين بالعمل القانوني من طلاب ومحامين وقضاة ، ونرجو أن نكون قد أضفنا بذلك لبنة ضئيلة إلى ما قدمه قدري باشا في تيسير التطبيق القانوني السليم لأحكام الشرع الإسلامي في مجال الأسرة .

وكان منهج الشارح : أنه كان يضع شرحه في متن الكتاب ، ويجعل مواد قدري باشا في الحاشية . فقمنا بإثبات هذه المواد في المتن في مواضعها المناسبة لها ضمن الشرح .

وقد وضعنا توثيقاتنا الفقهية للمادة وشرحها في نهاية شرك كل مادة على حدة . كما أثبتنا المواد القانونية المقابلة لمواد قدري باشا من القوانين (المصرية ، الأردنية ، المغربية ، السورية - القطري) الخاصة بالأحوال الشخصية . وأثبتنا في نهاية الكتاب ملحق بنصوص هذه القوانين كاملة .

١٧ - مات قدري باشا يوم الأربعاء في (٢١ من نوفمبر ١٨٨٦م = ١٧ من ربيع الأول ١٣٠٦ هـ) عن خمس وستين سنة عامرة بالنشاط والحيوية في الترجمة والتأليف في مجالات متعددة ، وكانت الكتب التي تركها في الفقه الإسلامي هي التي خلدت ذكره وما تزال سبب مجده ، وأهمها : هذه الكتب التي وضعها في آخر حياته بمنهج التقنين ، وهي : مرشد الحيران في المعاملات ، والعدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف ، والكتاب الذي تقدم .

ويقرر محمد حسين هيكل أن هذه الكتب الثلاثة « لن تزال عنوان مجد لا يقل عظمة عن قانون نابليون . وإذا نَسِي الناس من حياة قدري باشا كل شيء ، فلن ينسوا هذه الكتب الثلاثة . وهي كافية لتقيم مجد رجال لا مجد رجل واحد » .

١٨ - وينبغي أن نؤكد في النهاية أن جهده في التقنين لأحكام الفقه الإسلامي في المعاملات والأحوال الشخصية والأوقاف ليس دليلًا على براعته في الصياغة لأحكام

الفقه الإسلامي ، وإنما هو قبل ذلك وبعده : تأكيد على أهمية تقنين هذه الأحكام وعرضها بأسلوب معاصر ، يتسم بالتجريد والعموم في تناول القواعد والمبادئ والأسس ، ولا يستطرد إلى الجزئيات والتحليلات اللغوية ، على نحو قد يعقد التناول ويعمي على القواعد والأسس . وهو ما يلزم أن يستمر في النهوض به علماء الفقه والقانون . ولعلنا لا نسعى بعملنا في نشر تقنينات قدري باشا إلى إحياء مجد رجل سعى إلى الإصلاح جهده قدر ما نود أن نحفز الجهود إلى استكمال مشروعه في تقنين أحكام الفقه الإسلامي بأسلوب علمي يضيف إلى ما بدأه هذا الرجل .

والله ولي التوفيق



[مقدمة قدري باشا]

الحمد لله الذي جعل الحَمْدَ فاتحةَ الكتاب ، ووفَّق من شاء بعنايته وإرشاده للهداية والصواب ، القاضي بين عباده بمحيط علمه ، العادلِ في قضائه وحُكْمه ، القائلِ في محكم كتابه - وقولُه الفَصْلُ - : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ﴾ (١) ، والصلاة والسلام على سيدنا محمدٍ ، كنزِ الحقائق ، وبحر العلوم الرائق ، ودُرِّها المختار ، المنتقى من سلالة الأطهار ، ﷺ وعلى آله السادة الأبرار ، وأصحابه الكرام الأخيار ، الذين شيَّدوا قواعد الدين على ما أسسه ، فغدا بهم عاليَ المنار .

(**وبعد**) فهذه جوهرةٌ في الفقه فريدةٌ ، ودُرَّةٌ نفيسةٌ نضيدةٌ ، ملتقطَةٌ بقدر التيسير وفتح القدير من بحر مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان عليه سحائبُ الرحمةِ والرضوانِ ، ومشتملةٌ على الأحكامِ المختصَّةِ بذات الإنسان من حينِ نشأته إلى حينِ مَنِيَّتِهِ وتقسيم ميراثه بين ورثته . وقد نَظَمْتُ لآلِئَها ، ليُسْتَضاء بأنوارها البَهِيَّة في المحاكم المصرية .

وبالله التوفيقُ والعنايةُ ، والوقايةُ والكفايةُ ؛ فهو الأول بلا بداية ، والآخر بلا نهاية .

---

(١) النساء : ٥٨ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[مقدمة الشارح]

نحمدك اللَّهم أن شرحتَ صدورنا للإسلام ، وشرعتَ لنا من الدين ما وَصَّيتَ به رسلك الكرام ، ووَفَّقتنا لفهم شريعة خير الأنام، تلك الشريعة التي جاءت خاتمةً للشرائع، وجامعةً للمصالح والمنافع ، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد خاتم النبيين ، القائل : « **من يُرِدِ اللَّه به خيرًا ، يُفَقِّهْهُ في الدين** » (١) ، وعلى آله وأصحابه ينابيع الحِكَم ، وهداة الأمم .

(**أما بعد**) فلما كان تدريس الشريعة الإسلامية في مدرسة الحقوق الخديوية قد عُهِد إليَّ من عَهْدٍ غيرِ قريبٍ ، وكان من الكتب المقررِ تدريسُها بها كتابُ : « **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية** » لسعادة المرحوم محمد قدري باشا ، وهو ذلك الكتاب الذي وإن جَمَع من فقه أبي حنيفة ما يختص بذات الإنسان من الأحكام ، في موادَّ سهلةِ الفهم ، قريبةِ التناولِ على مَنْ ليس له سابقةُ عهدٍ بمزاولة فَهْم عبارات الفقهاء ، وحَلِّ رموزِ المتون ومعرفة اصطلاحات الشراح والمعلقين ؛ بيد أن مؤلِّفه رَحِمَهُ اللَّهُ لم يَتَعْدُ به الإيجازُ عما لم يسلم منه كلُّ مُخْتَصَرٍ ، بل جاءت بعض موادِّ كتابه غامضةَ العبارةِ ، مبهمةَ الإشارةِ ، والأخرى مطلقةَ الأحكامِ الواجبةِ التقييدِ .

لذلك رأيتُ من الواجب عليَّ ألا أُبقِي إيجازَ هذا الكتاب على ما حوى من غزارة الفائدة عَقَبَةً تحول دون استفادة المطالِعين ، وطِلَّسْمًا تشخص عنده أبصار المحصِّلين .

فلم أَزَلْ أُنَقِّبُ أثناء تدريسي له في كتب القوم فأفتح مغلقه ، وأُقَيِّد مطلقه ، وأُكْمِل ناقصه ، وأُتَمِّم وسائله ، وأشرح مسائله . بل لم أُقَصِّر في حكايةِ خلافِ فقهاءِ المذهبِ وغيرِهم من المذاهب الأخرى في كثير من المسائل ، مبيِّنًا في كلِ مسألة حِكْمَةَ الحُكْمِ ، ودليل كل مجتهِد فيها . فكان من عملي هذا شرحٌ يألفه كلُّ طالب ، ولا يَأْنَفُ عن مراجعته من هو في الحقيقة راغبٌ .

---

(١) صحيح البخاري (كتاب : العلم باب : من يرد اللَّه به خيرًا يفقهه في الدين / ٦٩) ، وصحيح مسلم (كتاب : الزكاة / باب : النهي عن المساقاة / ١٧١٩) ، وسنن الترمذي (كتاب : العلم عن رسول اللَّه / باب : إذا أراد اللَّه بعبد خيرا فقهه في الدين / ٢٥٦٩) ، وسنن ابن ماجه (المقدمة / باب : فضل العلماء والحث على طلب العلم / ٢١٦) .

هذا ولم أَنْهَجْ في ذلك طريقة قدماء الشراح من ارتباطهم بعبارة الأصل ، وتخلُّل كلامهم فيها أو تعقيبه لها ، بل بينتُ مسائل كل باب على مقتضى ترتيبها الطبيعي ، ذاكرًا كل مسألة مستقلة بنفسها غير مرتبطة بلفظ من ألفاظ المادة الأصلية ، مَنْعًا للخلط والتشويش ، غير أني قد ذيلتُ كل موضوع بنفس المادة التي تَمَّ شرحها ، إيذانًا بارتباط الشرح بها ، ولتكون بمثابة تلخيص لما أَبْسُطُهُ من القول (١) .

ومُذْ تَمَّ لي جمعُ تلك الفرائد على مقتضى الإرادة ، شرعتُ في نَظْمِها بسلكِ التأليفِ ، تحقيقًا للإفادة والاستفادة . فقلت مستعينًا بالله شاكرًا له ما أولاه :

---

(١) قمنا نحن بوضع كل مادة من المواد المشروحة في أول شرحها لا في الهامش ، كما سبق أن قلنا .






الجزء الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الكتاب الأول : في النكـــاح




الباب الأول
في مقدمات النكاح

(مادة ١)

تَجُوزُ خِطْبَةُ الْمَرْأَةِ الْخَالِيَةِ عَنْ نِكَاحٍ وَعِدَّةٍ (١) .

* * *

١ - قال تعالى : ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ (٢) . أشار ﷺ إلى نعمة الزواج الجليلة ، وأنه داعيةُ التوادِّ والتراحم ، ومَجْلَبَةُ الأُلفة والوِفَاق ، لا داعيةُ الخلافِ والشقاقِ . كما أشار إلى أن المرأة ليست كالمتاع تُقْصَد لمجرد قضاء الشهوة ، وتطلب لغرض قضاء اللذة ، وإنما جُعِلت ليَسْكُن إليها الرجلُ ، ويستأنس بها ، ويجد منها مُسْلِيًا لكروبه ، ومفرِّجًا لهمومه ، ومُعِينًا على تدبير منزله ومسكنه ، فيقوم لها بما تطلبه المعاشرة وتفرضه المؤازرة وتُحَتِّمه الصداقة والمودة . ثم مع ذلك يستمتع بها ، ويقضي منها وَطَره (٣).

٢ - على أن الاستمتاع بالزوجة لا ينبغي أن يُقْصَد منه مجرد قضاء تلك الشهوة

---

(١) هذه المسألة متفق عليها :

قول الحنفية : جاء في البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٦٤/٤) : « الخالية عن نكاح وعدة تَحِلُّ خِطْبتها تصريحًا وتعريضًا » . وانظر : الفتاوى الهندية (٢١٤/٦) ، ورد المحتار شرح الدر المختار (٥٣٣/٣) .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج (٢١٤/٣) : « تحل خِطْبة خَلِيَّة عن نكاح وعدة تعريضًا وتصريحًا » . وانظر : منهاج الطالبين (٤١٩/٢) ، وتحفة المحتاج (٢٠٩/٧) ، ومغني المحتاج (٢١٩/٤) ، ونهاية المحتاج (٢٠١/٦) .

قول المالكية : جاء في الجوهرة المضية بشرح المقدمة العزية للآبي ص ٢٩١ : « (الركن الرابع) من أركان النكاح (المحل ، وهو المرأة الخلية من الموانع التي تقتضي تحريمها) على من أراد نكاحها ، بأن تكون خالية من الموانع بسببٍ : نسبٍ ، أو صِهْرٍ ، أو رَضاعٍ ، أو لِعانٍ ، أو عدةٍ » . وجاء في أنواء البروق في أنواع الفروق (١٠٥/٣) : « من شرط عقد النكاح أنْ تكون خالية عن زوج » .

(٢) الروم : ٢١ .

(٣) الوَطَر : كل حاجة يكون لك فيها همَّة وعناية ، فإذا بلغها البالغ قيل : قضى وَطَره وأَرَبه . ولا يبنى منه فعل . والجمع : أوطار ، مثل سبب وأسباب . انظر : العين ، والصحاح ، ولسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمصباح المنير مادة (وطر) .

البهيمية ، فإن ذلك من مقاصد العجماوات [١] ، بل يقصد منه ما قصده الشارع وهو : الولد والنسل ، قال تعالى : ﴿ فَٱلْـَٔـٰنَ بَـٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴾ [٢] . وقال عليه الصلاة والسلام : « تناكحوا تناسلوا » [٣] . وذلك أن الله ﷻ خَلَق هذا العالم وقَدَّر بقاءه إلى أجلٍ مسمّى ، ولكن بقاءه [٤] إلى ذلك الأجل الذي سَمَّاه وقَدَّره يتوقف على بقاء النوع الإنساني المتوقِّف على التناسل . وذلك التناسل لا يَتِمُّ ولا يفي بالغرض المقصودِ منه إلا بعقد الزواج الشرعي ، وذلك أمر بديهي الثبوت لا يحتاج إلى البرهان .

٣ – نعم ربما يقول قائل : لو لم يكن هناك عقد زواج ، لحصل الازدواج بين الذكور والإناث بمقتضى الجِبِلَّة الخِلْقِيَّة ؛ إذ كلٌّ منهما تدعوه شهوته إلى ذلك ، فيحصل التناسل بدون عقد الزواج .

٤ – ولكن بالتأمل نعلم صواب ما قلناه ، وهو أن التناسل متوقف على عقد الزواج ، إذ لو تُرِكَتِ الناسُ عبيدَ شهواتِهم تسوقهم إلى ما تشاء لكان الغرض قضاءها للرجال وللنساء ، فضلًا عن جلب المنافع لهن أيضًا ، فيَعْمَلْنَ كل ما في وُسْعهن للحصول على الفائدة التي يَقْصِدْنَهَا ، فيَمْنَعْنَ الحَبَل ، ليُرَغِّبْنَ الرجال فيهن . بخلاف ما إذا حصل الازدواج بعقد ، وصار كل منهما مرتبطًا بقوانين هذا العقد ، قاصرًا على صاحبه لا يتعداه إلى غيره ، فلا يكون الغرض حينئذٍ مجرد قضاء الشهوة ، بل النَّسْل الذي يُبْقِي للإنسان ذِكْرًا في هذه الحياة الدنيا ، وأي عاقل لا يرغب ذلك ؟!. فلذا ترى المتزوج يتكدَّر إذا لم يولد له .

٥ – ولهذا لما قَلَّ النسل في بعض الأمم المتمدينة ، بحثوا عن السبب، فوجدوه ناشئًا من ازدواج الذكور والإناث بلا عقد .

٦ – وبما أنه قد ثبت لك أن التناسل لا يتم إلا بالزواج الشرعي ، فها نحن نبين لك ما هو الزواج فنقول :

---

(١) العجماوات : جمع عجماء ، وهي : البهيمة والحيوان ، سميت بذلك ؛ لأنها لا تتكلم . انظر : لسان العرب ، ومختار الصحاح مادة (عجم) .

(٢) البقرة : ١٨٧ .

(٣) تفسير الثعالبي (٣٩١/١) ، والشفا للقاضي عياض (٨٧/١) .

(٤) في الأصل : [بقاؤه] .

٧ – الزواج (١) – شرعًا – : « هو عقد يُفيد حِلَّ استمتاع الرجل بامرأة لم يَمْنَع من العقد عليها مانعٌ شرعيٌّ » . فإذا لم يُفِدِ العقدُ حِلَّ الاستمتاع ، فلا يكون عقدًا شرعيًّا . فالعقد على المحارم كالأخت ، وعلى معتدةِ الغير مثلًا لا يوصف بذلك ، فلا يُفيد حِلَّ الاستمتاع .

٨ – وحينئذ فإذا أراد الرجلِ أن يتزوج فلا يباح له أن يَخْطُبَ أيَّ امرأةٍ كانت ، بل لا بد من النظر إلى من يريد خِطْبَتَها ، فإن كانت متصفةً بما يمنع العقد عليها امتنع ؛ لأن الخِطْبَة مُقَدِّمَةٌ للعقد ، فإذا كان العقد غير جائز ، تكون الخِطْبَة عَبَثًا ، ويلزم العاقلَ صونُ أفعالِهِ عن العبث . وإن لم يكن هناك مانع من العقد ، أَقْدَم على الخِطْبَة ؛ لأنها – والحالة هذه – تكون وسيلة إلى ما هو جائز ، فتفيد فائدتها ، وحينئذٍ تجوز خِطْبَة المرأة الخالية عن نكاحٍ وعدةٍ (٢) .

(مادة ٢)

تَحْرُمُ خِطْبَةُ الْمُعْتَدَّةِ تَصْرِيحًا ، سَوَاءٌ كَانَتْ مُعْتَدَّةً لِطَلَاقٍ رَجْعِيٍّ ، أَوْ بَائِنٍ ، أَوْ وَفَاةٍ . وَيَصِحُّ إِظْهَارُ الرَّغْبَةِ تَعْرِيضًا لِمُعْتَدَّةِ الْوَفَاةِ دُونَ غَيْرِهَا مِنَ الْمُعْتَدَّاتِ ، وَلاَ يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا (٣) .

* * *

(١) الزواج ، لغة – : اقتران شيئين أحدهما بالآخر . انظر : اللسان مادة (زوج) .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : مادة (٢٧) : « يحرم العقد على زوجة آخر أو معتدته . وجاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : مادة (٣٨) : لا يجوز التزوج بزوجة آخر أو بمعتدته .

(٣) هذه المسألة مختلف فيها :

قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٠٤/٣) : « لا يجوز للأجنبي خِطْبة المعتدة تصريحًا ، سواء كانت مطلقة أو متوفًّى عنها زوجها . أما المطلقة طلاقًا رجعيًا ، فلأنها زوجة المطلِّق ، لقيام مِلْك النكاح من كل وجه فلا يجوز خِطْبتها كما لا يجوز قبل الطلاق . وأما المطلقة ثلاثًا أو بائنًا والمتوفَّى عنها زوجها ، فلأن النكاح حال قيام العدة قائم من كل وجه لقيام بعض آثاره ، فلا يجوز التصريح بالخِطْبة في العدة أصلًا . وأما التعريض : فلا يجوز أيضًا في عدة الطلاق ، ولا بأس به في عدة الوفاة » . وانظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٦٤/٤) ، والفتاوى الهندية (١/ ٥٣٤) ، ورد المحتار شرح الدر المختار ٥٣٤/٣ ، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (٥٨/١) .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة : « (لا تصريحَ لمعتدةٍ) فيحرم رجعيةً كانت أو بائنًا ، أو في عدةِ وفاةٍ إجماعًا ، (ولا تعريض لرجعية) فيحرم أيضًا ، لأنها في معنى المنكوحة . (ويحل تعريضٌ في عدة وفاة) ، (وكذا البائن) بطلاق أو فسخ (في الأظهر) لانقطاع سلطة الزوج عنها ، والثاني يحرم ، إذ =

٩ – فإن كانت المرأةُ متزوجةً ؛ فلا تجوز خِطْبتها ، لعدم الفائدة .

١٠ – وكذا إذا كانت معتدة ، وهي : الموجودة في الزمن الذي يَعْقُبُ الفُرْقة بينها وبين زوجِها بأي سببٍ كان . فمتى كانت المرأةُ موجودةً في هذا الزمن المقدَّر شرعًا ، يقال لها : معتدة .

١١ – **فإن كانت الفرقة بسبب الطلاق** ، يقال لها : معتدة لطلاق . سواء كان الطلاق رَجْعِيًّا أو بائنًا ، وسواء كان البائن بائنًا بينونةً صغرى أو كبرى.

١٢ – **وإن كانت معتدة لموت الزوج** ، يقال لها : معتدة لوفاة .

١٣ – **فالرجعي** : كأن يقول الرجل لزوجته المدخول بها : أنت طالق ، أو مطلقة ، أو طلقتُكِ . **والبائن بينونة صغرى** : كأن يقول لها : أنت عليَّ حرامٌ ، أو أنت بائن . والبائن بينونة كبرى : هو : ما كان بالثلاث بأي لفظ كان .

١٤ – **وحكم الطلاق الرجعي** : أنه لا يُزِيل المِلْك ولا الحِلَّ ، فيجوز للزوج مراجعتُها مستقلًّا ما دامت في العدة ، بدون عقد ومهر جديدَيْن ، رَضِيَتْ أو لم تَرْضَ.

١٥ – **وحكم الطلاق البائن بينونة صغرى** : زوال المِلْك لا الحِلِّ ، فلا يجوز للزوج أن يعيدها إليه إلا بعقد ومهر جديدين سواء كانت في العدة أو بعد انقضائها ، بشرط رضاها بذلك ، ولكن لا يشترط أن تتزوج بغيره قبل عَوْدِها إليه .

= لصاحب العدة أن ينكحها ، فأشبهت الرجعية . فإن لم تحل له كالمطلقة ثلاثًا والمفارِقة بلعانٍ أو رضاعٍ ، فكالمعتدة عن وفاة ، وقيل : فيها الخلاف » . وانظر : نهاية المحتاج (٢٠١/٦ ، ٢٠٢) .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (١٦٩/٣) : « المعتدة من وفاة أو طلاق رجعي أو بائن ، مسلمة كانت أو كتابية ، حرة أو أمة ؛ يحرم التصريح لها في العدة بالخِطْبة ، والتعريض لها جائز ، وهذا إذا كانت معتدة من غير المطلِّق . وأما إن كانت معتدة من مطلقها ؛ فإنه لا يحرم عليه أن يصرح لها بالخِطْبة في العدة منه » . وانظر : التاج والإكليل (٣٤/٥) ، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٩٥/٢ ، ٩٦) ، ومنح الجليل (٢٦١/٣) .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (١٨/٥) : « ويحرم التصريح – وهو ما لا يحتمل غير النكاح – بخطبةِ معتدةٍ بائنٍ) ... والتعريض بخلافه (إلا لزوج تحل له) كالمختلعة ... والموطوءة بشبهة ؛ فينبغي أن يكون كالأجنبي ، والمستبرأة كأم الولد إذا مات سيدها أو أعتقها ينبغي أن تكون في حق الأجنبي كالمتوفى عنها ... (ويحرم) أيضًا (تعريض – وهو ما يُفهم منه النكاح مع احتمال غيره –) أي : غير النكاح (بخِطْبة) مطلقة (رجعية) ... (ويجوز) التعريض (في عدة الوفاة والبائن بطلاق ثلاث و) البائن (بغير) الطلاق (الثلاث) كالمختلعة والمطلقة على عوض » . وانظر : الفروع (١٥٩/٥) ، والإنصاف (٣٤/٨) ، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٢٢/٥ ، ٢٣) .

١٦ - **وحكم الطلاق البائن بينونة كبرى** : زوال المِلْك والحِلِّ ، فلا يجوز للزوج أن يردها إلى عِصْمَتِه إلا بعد أن تتزوج بغيره ويدخل بها دخولًا حقيقيًا ، وتحصل الفُرْقة بينهما وتنقضي عدتُها ، وسيأتي كل ذلك مفصَّلًا في مَحَلِّهِ .

١٧ - **فالمعتدة لطلاق مُطْلقًا** : تحرم خِطْبتها تصريحًا وتعريضًا . فالتصريح : كأن يقول رجل مخاطِبًا لها : أريد أن أتزوجك . والتعريض مثل أن يقول لها : أريد التزوج بامرأة دَيِّنَة . وهو يقصدها .

١٨ - **والمعتدة لوفاة** : تحرم خِطْبتها تصريحًا لا تعريضًا ، وإذا لم تَجُزِ الخِطْبة التي هي طلب التزوُّج ، فلا يجوز العقد - الذي هو التزوج - فعلًا من باب أولى .

١٩ - وكما لا تجوز خِطْبة المعتدة ، لا تجوز خِطْبة مخطوبةِ الغير ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا يَخطُبُ أحدكم على خِطْبة أخيه** » [1] ؛ لأن هذا يعد خيانة ، وهي منهي عنها شرعًا .

٢٠ - **والزمن الذي يلزم المرأةَ انتظارُهُ بعد حصول الفرقة بينها وبين زوجها فلا يجوز تزوجها إلا بعد انقضائه ، يختلف باختلاف سبب الفرقة وحال الزوجة ، وبيانه** :

٢١ - أن الزوجة إما أن تكون مدخولًا بها ، أو لا . وعلى كلٍّ فإما أن يكون سببُ الفرقةِ وفاةَ الزوجِ ، أو غيرَها . وإن كانت الفرقة بعد الدخول ؛ فإما أن تكون المرأة حاملًا ، أو غير حامل .

٢٢ - **فإن لم تكن المرأة مدخولًا بها وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير وفاته** ، فلا عدة عليها . وإن كانت بالوفاة ، كان الزمن المقدر شرعًا : أربعةَ أشهر وعشرةَ أيام .

٢٣ - **وإن كانت مدخولًا بها ، فإن كانت حاملًا** : تُنْقَضُ [2] عدتها بوضع الحمل ، قَصُر زمنه أو طال ، سواء كان سبب الفرقة موت الزوج أو غيره .

٢٤ - **وإن لم تكن حاملًا** : فإن كانت الفرقة بالوفاة ، تُنْقَضُ عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام أيضًا .

٢٥ - **وإن كانت الفرقة بغير الوفاة** : فإما أن تكون من ذوات الحيض ، أو لا . فإن كانت من ذوات الحيض ؛ تُنْقَضُ عدتها بثلاث حِيَضٍ كوامل . وإن لم تكن من ذوات

---

(١) سنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه / ٣١٨٦) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه / ١٧٨٢) .

(٢) كذا في الأصل .

الحيض لصِغَرٍ أو كِبَرٍ أو غيرِهما ، تَنْقَضُ عدتها بثلاثة أشهر . وستأتي أدلة ذلك وحِكْمَتُه في باب العدة .

٢٦ - **والسبب في تحريم خِطْبة المعتدة** : أن العلاقات والروابط التي بينها وبين زوجها لم تَزُلْ بالكلية ، فهو أولى بها من غيره ، إن أراد فله مراجعتُها إن كان الطلاق رجعيًا ، أو العقدُ عليها إذا كان بائنًا بينونةً صغرى. والطلاق إنما كان لذنب اقترفته أو حصل منه من غير تفكر في العاقبة ، وبعد التبصُّر أراد أن يُصْلِحَ خطأه ، فرَغِب في امرأته ومال إلى عودتها إليه .

٢٧ - فإذا أجيزت لغيره خِطْبتها وهي في العدة ، يكون تعديًا على حقوقه ، ولابد أن يظن زوجها الظنون ، وتأخذه الغَيْرة والحَمِيَّة ، فيحصل بين الزوج والخاطب من جهة ، وبين الزوج والمعتدة من جهة أخرى ما لا تُحْمَدُ عُقْباه . ولما كان الشخص لا يتأثر لغيره مثل تأثره لنفسه مهما كانت قوة الاتصال بينهما ، مُنِعَتْ خِطْبة المعتدة لطلاق مطلقًا ، أي سواء كانت تصريحًا أو تعريضًا ، لوجود الزوج الذي يتأثر لنفسه . ومُنِعَتْ خِطْبة المعتدة لوفاة تصريحًا لا تعريضًا ؛ إذ الأقارب [١] لا يتأثرون مثل تأثره مهما بلغت الدرجة [٢] .

---

(١) يقصد أقارب الزوج المتوفى .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة ٢ : الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجًا .

المادة ٣ : لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة

المادة ٤ : ١ - إذا دفع الخاطب المهر نقدًا واشترت المرآة به جهازها ثم عدل الخاطب ؛ فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز .

٢ - إذا عدلت المرآة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته .

٣ - تجري على الهدايا أحكام الهبة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة ٣ : لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية .

المادة ٤ : لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة .

(مادة ٣)

يَجُوزُ لِلْخَاطِبِ أَنْ يُبْصِرَ الْمَخْطُوبَةَ وَيَنْظُرَ إِلَى وَجْهِهَا وَكَفَّيْهَا (١) .

* * *

٢٨ - ولما كان الغرضُ من عقد الزواج التناسلَ وتعاونَ الزوجين على مصالحهما داخل البيت وخارجه ، وذلك لا يكون إلا بدوام العشرة بينهما ما عاشا ، ووجود الأُلفة والمحبة بينهما ما دامت العِشْرة ، أباح الشارع للخاطب أن يُبْصِر المخطوبة ، وينظر إلى وجهها وكفيها ، لأنه إذا تزوجها ولم يَرَهَا قبله ، فعند رؤيته لها ربما لا تَحْسُن في عينه ، فإما أن يُمْسِكَها على كُرْهٍ منه وحينئذ تفوت مصالح الزواج ، وإما أن يفارقها وحينئذ تتضرر بذلك ، إذ الناس يذهبون في سبب الفِرَاق مذاهب شتى ، وكلٌّ منها يكون منفِّرًا عنها ، فيمتنعون عن تزوُّجها . ويتضرر هو أيضًا بغُرْمِه المهرَ ، بخلاف ما إذا رآها قبل التزوج ، فإن حَسُنَتْ في عينه أقدم على التزوج ، وإلا امتنع .

٢٩ - وهذا يُحِسُّ به كلُّ إنسانٍ رأى آخر أول نظرة ، فإن إحدى المنزلتين تقع في قلبه . وليس هناك ضرر فيما لو امتنع ، لأن مسألة الخِطْبة لم تشتهر مثل الزواج ، وسبب

---

(١) هذه المسألة مختلف فيها :

قول الحنفية : جاء في أحكام القرآن للجصاص (٤٦١/٣) : « فهذا كله يدل على جواز النظر إلى وجهها وكفيها بشهوة ، إذا أراد أن يتزوجها » . وانظر : بدائع الصنائع (١٢٢/٥) ، والجوهرة النيرة (٢٨٤/٢) ، والبحر الرائق (٢١٨/٨ ، ٢١٩) ، ومجمع الأنهر (٥٤١/٢) .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢٦٣/٨) : « وإذا أراد أن يتزوج المرأة ، فليس له أن ينظر إليها حاسرةً ، وينظر إلى وجهها وكفيها وهي متغطية بإذنها وبغير إذنها » . وانظر : أسنى المطالب (١٠٨/٣) ، والغرر البهية شرح البهجة الوردية (٩٤/٤) ، وتحفة المحتاج (١٩٠/٧ ، ١٩١) .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٢١/٥) : « (ونَظَرَ وجهها وكفيها فقط بعلم) سمع ابن القاسم : لمريد تزويج امرأةٍ نظرٌ إليها بإذنها . ابن رشد : إلى وجهها . المازري : ويديها . وكره مالك أن يغتفلها » . وانظر : مواهب الجليل (٤٠٤/٣ ، ٤٠٥) ، وشرح الخرشي على مختصر خليل (١٦٥/٣ ، ١٦٦) ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢١٥/٢) .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧٤/٧) : « ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها ... فأما ما يظهر غالبًا سوى الوجه ، كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تُظْهِره المرأة في منزلها ففيه روايتان ، **إحداهما** : لا يباح النظر إليه ، **والثانية** : له النظر إلى ذلك » . وانظر : الفروع (١٥٢/٥) ، والإنصاف (١٧/٨ ، ١٩) ، ودقائق أولي النهى لشرح منتهى الإرادات (٦٢٤/٢) .

الامتناع هنا واحد ، فلا يُساء الظنُّ بها ، ولا يَلْحَقُها ضرر ؛ لأنها إذا لم تَحْسُن في عينه قد تحسن في عين الآخر كما هو معلوم .

٣٠ – وكما يجوز للخاطب نظرُ المخطوبة ، يجوز للمخطوبة نظرُ الخاطب أيضًا ، لما ذُكِر ؛ بل هي أولى منه بالحُكْم ؛ لأنها إذا لم تَحْسُن في عينه ، يمكن طلاقها ، وإذا لم يَحْسُن هو في عينها ، فلا يمكنها مفارقتُه .

٣١ – وإلى هذا كله يشير الحديث الشريف ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة ابن شعبة [١] حين خطب امرأة : « **أنظرتَ إليها ؟** » قال : لا . فقال عليه الصلاة والسلام : « **انظر إليها ، فإنه أحرى أن يُؤْدَمَ [٢] بينكما** » [٣] .

٣٢ – ولا تجوز الخَلْوة بالمخطوبة إلا إذا كان معها مَحْرَمٌ لها كأبيها أو أخيها أو عمها .

٣٣ – وإنما خُصِّصَ النظرُ بهذين العضوين ؛ لاشتمال الوجه على المحاسن ، ولدلالة اليدين على خصوبة البدن ، فلا حاجة للنظر إلى غيرها .

٣٤ – ولعِظَم هذه الحِكْمة اتَّفَقَتْ كلُّ المذاهب على هذا الحُكْم ، حتى إن بعضهم يجيز النظر إلى القدمين أيضًا [٤] وترديد النظر وتكراره إلى المخطوبة .

٣٥ – **وإنما لم تُبِحِ الشريعة معاشرتها قبل الزواج لمعرفة أخلاقها** ؛ لأن هذا يمكن معرفته من غيره ممن يجوز له معاشرتها ويثق الخاطبُ به ، بخلاف محبتها والميل إليها ؛ فإنه لا يمكن قيام غيره مقامه .

٣٦ – ومن هنا تَعْلَمُ فسادَ ما يرمي به بعضُهم الشريعةَ الإسلاميةَ من عدم تجويزها

---

(١) هو : المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن معتب . الأمير أبو عيسى ، ويقال : أبو عبد الله ، وقيل: أبو محمد . من كبار الصحابة أولي الشجاعة والمكيدة . شهد بيعة الرضوان . كان رجلًا طوالًا مهيبًا ، ذهبت عينه يوم اليرموك ، وقيل : يوم القادسية . روى مغيرة بن الريان ، عن الزهري ، قالت عائشة : كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ ، فقام المغيرة بن شعبة ينظر إليها ، فذهبت عينه . انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي (٣/ ٢١) ، طبقات ابن سعد (٥/ ٤٩) .

(٢) يؤدم : تكون بينكما المحبة والاتفاق . يقال : أدم الله بينهما ، يَأْدِم أَدْمًا – بالسكون – ، أي : أَلَّف ووَفَّق . وكذلك : آدَم يُؤْدِم إيدامًا . انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر مادة (أدم) .

(٣) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في النظر إلى المخطوبة / ١٠٠٧) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : إباحة النظر قبل التزويج / ٣١٨٣) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها / ١٨٥٥) .

(٤) هم الحنابلة كما أوضحنا .

ذلك للخاطب مع جوازه في الشرائع الأخرى كما هو الجاري . ولو راجع هذا الشريعةَ الغراءَ ، كما يفرضه عليه الانتماءُ إليها – ، لعلم بطلانَ ما يقول بالنصوص الواضحة .

٣٧ – ولو اتبع الناسُ أمرَ شريعتِهم ، لنَجَوْا مما يَحِلُّ بهم .

فالعيبُ كلُّ العيبِ إنما هو على من يدعي أنه مُنتَمٍ إلى الشريعة الإسلامية ، ولا يدري ما فيها أو يَدْرِيهِ ولا يعمل به ، اللّهم أَلْهِمْنَا الصوابَ (١) .

(مادة ٤)

الْوَعْدُ بِالنِّكَاحِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَمُجَرَّدُ قِرَاءة الْفَاتِحَةِ بِدُونِ إِجْرَاءِ عَقْدٍ شَرْعِيٍّ بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ ، لاَ يَكُونُ كُلٌّ مِنْهُمَا نِكَاحًا . وِلِلْخَاطِبِ الْعُدُولُ عَمَّنْ خَطَبَهَا ، وَلِلْمَخْطُوبَةِ أَيْضًا رَدُّ الْخَاطِبِ الْمَوْعُودِ بِتَزْوِيجِهَا مِنْهُ ، وَلَوْ بَعْدَ قَبُولِهَا ، أَوْ قَبُولِ وَلِيِّهَا إِنْ كَانَتْ قَاصِرَةً ، هَدِيَّةَ الْخَاطِبِ وَدَفْعِهِ الْمَهْرَ كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ (٢) .

* * *

٣٨ – ومتى حصلت الخِطْبة وأَعْقَبَهَا العقدُ الشرعيُّ – وهو الإيجاب والقبول – مستوفيًا شرائطه ؛ فليس لكل منهما الرجوع عنه . أما إذا وُعِد بتزويجها له في المستقبل –

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢) : الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجًا .
المادة (٣) : لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة
المادة (٤) : ١– إذا دفع الخاطب المهر نقدًا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب ؛ فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز .
٢ – إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته .
٣ – تجري على الهدايا أحكام الهبة .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٣) : لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية .
المادة (٤) : لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة .

(٢) **هذه المسألة متفق عليها** ، وذلك مفهوم من كون الخِطْبة ليست هي عقد الزواج المبيح للوطء وغيره من أمور الزوجية ، بل الخِطْبة هي التماس إتمام هذا العقد كما نص على ذلك عامة الفقهاء ، فقد عرفها صاحب نهاية المحتاج (٢٠١/٦) بقوله : « التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة » . وانظر : البيجيرمي على الخطيب (٤٠٧/٣) ، والموسوعة الفقهية الكويتية (١٩٠/١٩) .

ولو مع قراءة الفاتحة - ولم يحصل العقد ، فهذا الوعد لا يكون زواجًا شرعيًّا .

٣٩ - وحينئذ فللخاطب الرجوعُ عن المخطوبة ، ولها أيضًا العدولُ عَمَّنْ خَطَبها ولو بعد دفع الزوج المهرَ كلَّه أو بعضَه ، أو بعد إرسال هدية لها وقبولها منه إن كانت مكلفة ، أو قبول وليها إن كانت قاصرة . ويستردُّ ما دفعه من المهر إن كان موجودًا . فإن هلك أو اسْتُهْلِكَ ؛ رجع بقيمته إن كان قِيميًّا ، وبمثله إن كان مِثْليًّا .

وأما الهدايا : فله استردادها إن كانت موجودة ، وإن هَلَكت أو اسْتُهْلِكَتْ ؛ فلا رجوع له بعِوَضِها . وستأتي مسألة الرجوع موضحةً في مادة (١١٠) .

٤٠ - ومع هذا فالأحسن لكل منهما أن يُتَمِّمَ ما حَصَل الوعدُ به وهو عقد الزواج ، إذا لم يكن هناك مانع قوي ؛ لأن الوفاء بالوعد يُمْدَح عليه . ويترتب على عَدَمِهِ عَدَمُ وُثُوقِ الناس بعضهم ببعضٍ ، وفي ذلك من الإخلال بالمصالح وفَوَات الغَرَض ما لا يخفى على اللَّبيب [١] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** :

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٥) : ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الثالث : عقد الزواج انعقاد الزواج

المادة (١٤) : ينعقد الزواج بإيجاب وقبول الخاطبين أو وكيليهما في مجلس العقد .

قول الحنفية : جاء في الاختيار لتعليل المختار (١٥٢/٢) : « لو زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها جاز ، وكذلك لو زوجت غيرها بالولاية أو الوكالة ، وكذا إذا وكلت غيرها في تزويجها ، أو زوجها غيرها جازت » .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : الفصل الأول أركان عقد الزواج وشروطه :

المادة (١٤) ركنا عقد الزواج هما :

أ - الزوجان بشروطهما .

ب - الإيجاب والقبول .

المادة (١٥) - يشترط لصحة عقد الزواج ما يلي :

أ - استيفاء الإيجاب والقبول لشروط صحتهما . ب - أهلية العاقدين وخلوهما من الموانع الشرعية .

ج - الولي بشروطه طبقًا لأحكام هذا القانون . د - الإشهاد وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون .

هـ - عدم نفي المهر .

الباب الثاني
في شرائط النكاح وأركانه وأحكامه

(مادة ٥)

يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِإِيجَابٍ مِنْ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ ، وَقَبُولٍ من الآخر [١] . وَلاَ فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمُوجِبُ هُوَ الزَّوْجَ أَوْ وَلِيَّهُ أَوْ وَكِيلَهُ ، وَالْقَابِلُ هُوَ الزَّوْجَةَ أَوْ وَلِيَّهَا أَوْ وَكِيلَهَا إِنْ كَانَتْ مُكَلَّفَةً أَوْ بِالْعَكْسِ [٢] .

٤١ - اعلم أن الزواج له تعريف ، وسبب ، وصفة ، وركن ، وشرط ، وحكم .

---

(١) هذه المسألة متفق عليها :

قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢/٢) : « النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول ؛ لأنه عقد ، فافتقر إلى الإيجاب والقبول » . وانظر : المبسوط (٢٤/١٣) ، وتبيين الحقائق (٩٦/٢) ، وفتح القدير (١٨٩/٣) .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٢٦/٤) : « اعتبار أصل الإيجاب والقبول فبالاتفاق كسائر العقود » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١٥٢/١) : « النكاح فيه إيجاب وقبول من جانبين » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٤٥/٨) : « النكاح لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول » . وانظر : الفروع لابن مفلح (١٦٨/٥) ، وكشف القناع (٤٠/٥) .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٢٨/١) : « رجل تزوج امرأة بالعربية أو بلفظ لا يعرف معناه أو زوجت نفسها به ، إن علما أن هذا لفظ ينعقد به النكاح ، يكون نكاحًا عند الكل . وإن لم يعلما معناه ، فإن لم يعلما أن هذا لفظ ينعقد به النكاح ؛ فهذه جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع والإبراء عن الحقوق والبيع والتمليك ، فالطلاق والعتاق والتدبير واقع في الحكم » . وانظر : البحر الرائق (٩١/٣) ، والفتاوى الهندية (٢٦٧/١) ، ورد المحتار (١٥/٣) .

قول الشافعية : جاء في الغرر البهية شرح البهجة الوردية (١٠٣/٤ ، ١٠٤) : « وصحة النكاح تحصل أيضًا بما كان بمعنى هذه الألفاظ من العجمية ... بقوله مترجمًا بأي لسان كان ، وإن أحسن المترجم العربية اعتبارًا بالمعنى . ومحله إذا فهم كل من العاقدين كلام الآخر ، فإن لم يفهمه وأخبره ثقة بمعناه ؛ ففي الصحة وجهان ، رجح منهما البلقيني المنع » . وجاء في فتاوى الرملي (١٥٦/٣ ، ١٥٧) : « (سئل) هل يصح النكاح إذا لم يفهم كل من العاقدين كلام الآخر ثم أخبره ثقة بمعناه أو لا ؟ . (فأجاب) : بأنه لا يصح » . انظر : نهاية المحتاج (٢١٢/٦) .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٣٩/٥) : « وإن كان كل منهما - أي العاقدين - لا يحسن لسان الآخر ؛ ترجم بينهما ثقة يعرف اللسانين » .

٤٢ - **أما تعريفه ، وسببه** : فتقدما أول الكتاب .

٤٣ - **وأما صفته** : فهي : الفرضية ، والوجوب ، والسُّنِّيَّة ، والحُرْمة ، والكراهة . وهذه هي الأحكام التي تَعْتَرِيه باختلاف الأحوال كما ستعرفه .

٤٤ - **فيكون فرضًا** : إن تحقَّقَ الرجل أنه لو لم يتزوج لزنى ؛ لأن الزنى حرام قطعًا ، ولا يُتَوَصَّلُ إلى تَرْكِه في هذه الحالة إلا بالزواج ، والقاعدة : أن ما لا يُتَوَصَّلُ إلى ترك الحرام إلا به ، يكون فرضًا .

٤٥ - **ويكون واجبًا** : - والوجوب أقل من الفرض [1] - : عند شدة الاشتياق إلى التزوج ، بحيث يخاف الوقوع في الزنى لو لم يتزوج من غير تحقُّقٍ .

٤٦ - **ويكون سنةً** : حال الاعتدال ؛ أي لا يكون في شدة الاشتياق إلى التزوج ولا في غاية الفتور عنه .

٤٧ - **ويكون حرامًا** : إذا تيقن عدم القيام بأمور الزوجية ؛ لأن الزواج إنما شُرِعَ لمصلحةٍ ، وبالجَوْر تنعدم هذه المصالح ، فضلًا عن أنه يأثم ويرتكب المحرمات .

٤٨ - **ويكون مكروهًا** : إذا خاف الجَوْر .

٤٩ - وكل هذه الأقسام مفروضة فيمن يَمْلِكُ المهر والنفقة . فإن كان لا يملكهما وخَشِي الزنى ؛ فعليه أن يَتَكَسَّبَ حتى يحصل عليهما ؛ إذ الإنسان مأمور بالسعي ليَتَكَسَّبَ ما يلزمه .

٥٠ - فإن اشتد الخوف ، ولم يكن عنده الآن ما يجعله مهرًا ، يستدين ويسعى لقضاء ذلك الدَّيْن . ومتى عَلِم المؤمنون أنه يستدين لتحصين النفس ، وليس عنده ما هو محتاج إليه ، ولم يقصِّر في طلبه ، فلا يبخلون بإعطائه ما يكفيه ، واللَّه ﷻ يُعِينُهُ على قضائه لقوله عليه الصلاة والسلام : « **ثلاثة حق على اللّه تعالى عَوْنُهُمْ : المكاتَب الذي**

---

(١) الفرض مرادف للواجب عند جمهور الأصوليين والفقهاء ما عدا الأحناف ؛ فإنهم يفرقون بين المصطلحين على النحو التالي : **الفرض** : هو المطلوب طلبًا جازمًا بدليل قطعي . مثل : قراءة القرآن في الصلاة الثابتة بقوله تعالى : ﴿ فَٱقْرَءُوا۟ مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ ﴾ [المزمل/ ٢٠] . وجاحد الفرض كافر .

والواجب : هو المطلوب طلبا جازمًا بدليل ظني . مثل : قراءة الفاتحة في الصلاة الثابتة بحديث الصحيحين : « **لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب** » . وجاحد الواجب فاسق .

أما الجمهور فيُعَرِّفون الفرض والواجب بتعريف واحد ، وهو : المطلوب طلبًا جازمًا سواء ثبت بدليل قطعي أو ظني . والخلاف بينهما خلاف لفظي . انظر : شرح المحلي على جمع الجوامع (٨٨/١) .

يريد الأداء ، والمتزوج الذي يريد العفاف ، والمجاهد في سبيل الله » (١) .

٥١ - فلو فُرِضَ بعد كل ما تقدم وقلنا : إنه لم يجد مَنْ يُعْطِيهِ ؛ فعليه بالصوم ، فإنه قاطع للشهوة ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « **معاشرَ الشباب ، مَنْ استطاع منكم الباءَةَ فليتزوجْ ، ومن لم يستطِعْ فعليه بالصوم ، فإنه له وِجَاءٌ** » (٢) .

٥٢ - ومع ذلك فمن ذا الذي لا يَجِدُ المهر والنبي عليه الصلاة والسلام يقول : « **الْتَمِسْ ولو خاتَمًا من حديد** » (٣) . فالغرض من هذا الحديث التنبيهُ على أن المهر ليس مقصودًا في عقد الزواج ، بل الغرضُ شيءٌ أسمى وأعظمُ منه . فلا تمتنعوا عن الزواج بحُجَّة أن لا شيء معكم للمهر ، لأن الزواج يصح ولو كان المهر قليلًا .

٥٣ - بقي ما لو تعارضت الفرضية والحرمة ، بأن فرضنا أن هناك رجلًا تحقق أنه لو لم يتزوج لزنى ، وتحقق أيضًا أنه لو تزوج أساء العِشْرة . وقد تكلم (٤) بعض الكتب هنا بما لا ينبغي أن يُذْكَر ، فالأحسن ارتكابُ أخفِّ الأمرين بقدر الإمكان بأن نقول له : تزوجْ - ولا نأمره بالزنى أبدًا - وعاشِرْ من يذكرك بحقوق الزوجية ، حتى تكونَ دائمًا

---

(١) مسند أحمد (٢/٢٥١ ، ٤٣٧) .

(٢) الوجاء : نوع من الخِصَاء ، وهو : دَقُّ خُصْيَتيِ الفحل دقًّا شديدًا وضرب عروقهما بحديدة والطعن فيها من غير إخراج البيضتين حتى تذهب شهوة الجماع . ويتنزَّل في قطعه منزلة الخَصْي . وقد وُجِئَ وِجَاءً فهو موجوء . ويقال : كبش موجوء ، إذا فُعِل به ذلك . أراد : أن الصوم يقطع النكاح ويذهب بالشهوة كالوِجَاء . انظر : النهاية ، والمغرب مادة (وجأ) .

وانظر: صحيح البخاري (كتاب : الصوم / باب : الصوم لمن خاف على نفسه العزبة / ١٧٧٢) ، وصحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : استحباب النكاح لمن طاقت نفسه إليه ووجد مؤنه / ٢٤٨٥) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في فضل التزويج والحث عليه / ١٠٠١) ، وسنن النسائي (كتاب : الصيام / باب : ذكر الاختلاف على محمد بن أبي يعقوب في حديث إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق / ٢٢٠٧) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : التحريض على النكاح / ١٧٥٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : ما جاء في فضل النكاح / ١٨٣٥) .

(٣) صحيح البخاري (كتاب : النكاح / باب : عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح / ٤٧٢٧) ، وصحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به / ١٤٢٥) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : منه / ١١١٤) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : ذكر أمر رسول الله وأزواجه وما أباح الله / ٣٢٠٠) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في التزويج على العمل يعمل / ٢١١١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : صداق النساء / ١٨٨٩) .

(٤) كذا في الأصل .

على ذِكْرٍ منها ، واسْكُنْ بين جيران صالحين لتتعلم منهم ، ويمنعوا التعديَ بقدر ما يمكنهم . وهذا موافق لمذهب الإمام مالك [1] ، وكل هذا لم يتعرَّض له الكتاب .

أركان الزواج

٥٤ - **وأما أركان الزواج : فاثنان** .

٥٥ - **أحدهما** : الإيجاب .

٥٦ - **وثانيهما** : القبول .

٥٧ - **فالإيجاب** : هو ما صَدَر أولًا من كلام أحد العاقِدَيْنِ .

والقبول : هو ما صَدَر ثانيًا من كلام العاقد الآخر .

٥٨ - **والعاقدان** : إما أن يكونا الزوجين ، إن كان كل منهما عاقلًا بالغًا. أو وكيلَهما ، إن كان كلٌّ من الزوجين متصفًا بالبلوغ والعقل أيضًا ؛ لأن الشخص ليس له أن يُوَكِّل غيره في شيء إلا إذا كان هو يملكه . أو وَلِيَّهما ، إن كان كل منهما ليس أهلًا للعقد . أو أحد الزوجين مع ولي الآخر ، أو وكيله ، أو ولي أحدهما مع وكيل الآخر ، بلا فرق في كل هذه الصور بين ما إذا كان الموجب واحدًا منهما والقابل هو الآخر .

٥٩ - فإذا جرى العقد بين الزوجين ، وكان الموجب هو الرجل يقول مخاطبًا لمن يريد تَزَوُّجَهَا : تزوجتُكِ . فتقول : قَبِلْتُ . وإذا كانت هي الموجبة تقول له : تزوجتُكَ ، أو زوجتُكَ نفسي . فيقول لها : رَضِيتُ ، أو قَبِلْتُ ، أو أَجَزْتُ .

٦٠ - وإذا جرى بين الوكيلين وكان الموجب وكيلَ الزوجة يقول مخاطبًا لوكيل الزوج : زوجتُ موكلتي فلانةً لموكلكَ فلانٍ . فيقول : قبلتُ زواجها لموكلي . وإذا كان الموجب وكيلَ الزوج يقول : زوجتُ موكلتكَ فلانةً لموكلي فلانٍ . فيقول الآخر : قبلتُ ، أو رضيتُ مثلًا .

٦١ - وإذا جرى بين الولِّيَيْنِ يقول ولي الزوجة مخاطبًا لولي الزوج : زوجتُ بنتي فلانةً من ابنكَ فلانٍ . فيقول : قبلتُ هذا الزواج .

---

(١) جاء في البحر الرائق (٨٤/٣) : « فإن تعارض خوف الوقوع في الزنى لو لم يتزوج وخوف الجَور لو تزوج ؛ قُدِّم الثاني ، فلا افتراض ؛ بل مكروه كما أفاده في فتح القدير . ولعله : لأن الجور معصية متعلقة بالعباد ، والمنع من الزنى من حقوق الله تعالى ، وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه وغِنَى المولى تعالى » . وانظر : رد المحتار (٦/٣) .

٦٢ - وقِسْ على هذه الأمثلة ما إذا جرى العقد بين أحد الزوجين ووكيلِ الآخر ، أو ولي أحدهما ونفس الآخر ، أو ولي أحدهما ووكيل الآخر .

٦٣ - **والإيجاب في الزواج** : يصح بلفظ التزويج والنكاح بالاتفاق ؛ لأن كلًّا منهما صريح فيه . والقبول لا يُشْتَرَطُ فيه لفظ مخصوص ، بل الشرط رضا الآخر بهذا الإيجاب ، فإذا قال رجل لآخر : زوجتُ ابنتي فلانةً لابنكَ فلانٍ . وقال الآخر : قبلتُ ، أو رضيتُ ، أو أجزتُ ، أو أطعتُ ، أو ما صنعتَهُ في مَحَلِّهِ ؛ صَحَّ .

٦٤ - ولكن انعقاده بغير هذين اللفظين فيه خلاف ؛ فمذهب أبي حنيفة : أنه ينعقد بكل لفظ وُضِعَ لتمليك العين في الحال ، كالهبة والصدقة ، والبيع ، لا الوصية والإجارة والإعارة .

٦٥ - وقال الشافعي [(١)] وأحمد [(٢)] رضى اللّٰه تعالى عنهما : لا ينعقد إلا بلفظ التزويج والنكاح . واستدلَّا بأدلة :

---

(١) هو : الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم ابن عبد المطلب بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب الإمام عالم العصر ، ناصر الحديث ، فقيه الملة ، نسيب رسول اللّٰه ﷺ وابن عمه ، اتفق مولد الإمام بغزة سنة خمسين ومائة ، أخذ العلم ببلده ، عن مسلم بن خالد الزنجي ، وداود بن عبد الرحمن العطار ، وعمه محمد بن علي بن شافع وغيرهم ، وحدث عنه : الحميدي ، وأحمد بن حنبل ، وأبو يعقوب بن يوسف البويطي ، وغيرهم . نشأ رضي الله عنه في مكة وتعلم القرآن على سفيان بن عيينة ، ثم خرج إلى المدينة فقرأ على الإمام مالك الموطأ وحفظه ، ثم دخل بغداد وأقام بها سنتين وصنف بها كتبه القديمة ، ثم عاد إلى مكة سنة تسع وتسعين ومائة ، ثم عاد إلى بغداد فأقام بها شهرًا لم يصنف فيها شيئًا ، ثم خرج إلى مصر وصنف بها كتبه الجديدة ، أقام بها إلى أن مات ودفن هنالك. من تصانيفه الكثيرة : المسند في الحديث ، أحكام القرآن ، اختلاف الحديث ، إثبات النبوة والرد على البراهمة ، توفي رضي الله عنه بمصر سنة أربع ومائتين . انظر: طبقات الفقهاء الشافعيين (١٢/١) ، سير أعلام النبلاء (٣٧٧/٨) ، معجم المؤلفين (١١٦/٣) .

(٢) هو : أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد ، أبو عبد اللّٰه ، المروزي ، ثم البغدادي ، صاحب المذهب ، الصابر على المحنة ، الناصر للسنة ، ولد سنة أربع وستين ومائة ببغداد ، سمع من ابن بشير ، وغندر ، وابن علية ، وغيرهم ، وحدث عنه: البخاري حديثًا ، ومسلم ، وأبو داود ، والنسائي ، وطائفة ، كان رضي الله عنه إمامًا في الحديث والفقه ، وهو صاحب المذهب الحنبلي ، قدمت أمه بغداد فولدته بها فنشأ وطلب العلم بها ، ثم رحل إلى الكوفة والبصرة ، ومكة والمدينة ، واليمن والشام ، من تصانيفه: المسند ، والزهد ، والرسالة السنية في الصلاة ، توفى سنة إحدى وأربعين ومائتين . انظر: سير أعلام النبلاء (٤٣٤/٩) ، معجم المؤلفين (٢٦١/١) .

٦٦ - **الأول** : أن التمليك ليس حقيقة في الزواج ولا مجازًا عنه ؛ لأن التزويج للتلفيق والنكاح للضم ، ولذا يراعى فيه مصالح الزوجين . ولا ضَمَّ ولا ازدواجَ بين المالك والمملوكة أصلًا ، ولذا لا يراعى فيه إلا مصالح المالك .

٦٧ - **والثاني** : أن الإشهاد فيه شرط ، والكناية يُحْتَاجُ فيها إلى النية ، ولا اطلاع للشهود على النيات .

٦٨ - **والثالث** : أن التمليك مُفْسِدٌ للزواج ، حتى لو ملك الرجلُ زوجتَه بأن كانت أَمَتَهُ ، فسد الزواج .

٦٩ - وكذا الهبة من ألفاظ الطلاق ، ولذا وقع الطلاق بقول الرجل لامرأته : وهبتُكِ لأهلكِ . فلا يكون موجبًا لضده . واستدلت الحنفية بقوله تعالى : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ الآيةَ (١) ، وبقوله عليه الصلاة والسلام : « **مَلَّكْتُكَهَا بما معكَ من القرآن** » (٢) . وكلٌّ من هذين وارد في عقد الزواج .

٧٠ - وليس لقائلٍ أن يقول : الانعقاد بلفظ الهبة خاصٌّ به عليه الصلاة والسلام ، بدليل قوله تعالى : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ (٣) ، لأنا نقول له : الاختصاص والخُلُوص : في سقوط المهر ، بدليل أنها مقابَلة بمن أعطى مهرها في قوله تعالى : ﴿ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً ﴾ (٤) ، وبدليل قوله تعالى : ﴿ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾ (٥) . والحرج بلزوم المهر دون لفظ التزويج ، وبنفي المهر تحصل المِنَّة التي سِيقَ الكلامُ لأجلها لا بإقامة لفظ دون لفظ .

٧١ - **والجواب عن الدليل الأول للشافعية** : أَنَّا لا نسلم أن التمليك ليس مجازًا في الزواج ؛ لأن التمليك سبب لمِلْك المتعة بواسطة مِلْك الرقبة في مَحَلٍّ يقبلها . والسببية طريق من طرق المجاز .

---

(١) الأحزاب : ٥٠ .

(٢) صحيح البخاري (كتاب : فضائل القرآن / باب : القراءة عن ظهر قلب / ٥٠٣٠) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : التزويج على سور من القرآن / ٣٣٣٩) .

(٣) الأحزاب : ٥٠ .

(٤) الأحزاب :

(٥) الأحزاب : ٥٠ .

٧٢ - **والجواب عن الثاني** : أن محل اشتراط التعيين إذا كان هناك لَبْس ، بخلاف ما نحن فيه فلا لَبْسَ يعتريه ؛ إذ كلامنا فيما إذا قامت القرائن والأدلة على أن هذا يراد به الزواج ، فحينئذ ينتفي الاحتمال فلا لَبْسَ ؛ فيصِحُّ الزواج .

٧٣ - **والجواب عن الثالث** : أن التمليك لا يُفْسِد الزواج من حيث إنه مُحَرِّمٌ عليه أَمَتَه حتى يصح الاستدلال ، وإنما يُفْسِده من حيث إنه أبطل مالكية المرأة ؛ إذ المرأة يثبت لها بالزواج ما يترتب عليه من القَسْم وتقدير النفقة والسُّكْنَى وغير ذلك ، وبالتمليك بطل ذلك وصارت مملوكة محضة .

٧٤ - وقولهم : إن الهبة من ألفاظ الطلاق ، فلا يصح أن يكون اللفظ موجبًا لضده ؛ يرده أن الطلاق يقع بلفظ التزويج الذي قالوا بانعقاد الزواج به ، فإن الرجل إذا قال لزوجته : تزوجي . ناويًا الطلاق ، وقع . فما كان جوابًا لهم فهو جوابنا .

٧٥ - ولا بد أن يكون لفظ الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ، كـ : زوجتُ ، أو وهبتُ ، أو ملَّكتُ مثلًا . أو أحدهما للماضي والآخر للمستقبل ؛ لأن الزواج عقد ، وليس له لفظ يختص به بحسب الوضع ، فاسْتُعْمِل فيه لفظ يُنْبِئُ عن الثبوت - وهو الماضي - دفعًا للحاجة .

٧٦ - والإنشاء يُعْرَف بالشرع لا باللغة ، فكان ما يُنْبِئُ عن الثبوت أولى من غيره ؛ لأن غرضهما الثبوت دون الوعد . وهذا المعنى موجود أيضًا فيما إذا كان أحدهما ماضيًا والآخر للمستقبل ، مثل أن يقول رجل لآخر : زَوِّجْ بنتكَ فلانةً لابني . فيقول الآخر : زوجتُ . فالأول إيجاب ، والثاني قبول .

وقال بعضهم : زوج توكيل وإنابة . وقول الآخر : امتثال لأمره فينعقد به الزواج ؛ لأن الواحد قد يتولى طرفي الزواج كما ستعرف إن شاء الله تعالى في شرح مادة (١٣٧) .

٧٧ - وكذلك إذا كان الإيجاب مضارعًا مبدوءًا بهمزةٍ أو نونٍ أو تاءٍ إذا لم يَنْوِ الاستقبال ، فإذا قال رجل لامرأة : تُزَوِّجِيني نفسكِ ؟. أو قالت امرأة لرجل : تُزَوِّجُني نفسكَ ؟. ناويًا كلٌّ منهما الحالَ ، فقال الآخر : زَوَّجْتُ ؛ انعقد الزواج باعتبار استعماله في غرضِ تحقيقِ واستفادةِ الرضا منه ؛ لأننا لما علمنا أن الملاحظة من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا ، عَدَّيْنا حكمه إلى كل لفظ يفيد ذلك ، ولو كان مُصَرِّحًا فيه بالاستفهام ، حتى لو قال رجل لآخر : هل أعطيتني بنتكَ لابني ،

فقال : أعطيتُ . إن كان المجلس للوَعْدِ ؛ فَوَعْدٌ ، وإن كان للعقدِ ؛ فَزَواجٌ [١] .

(مادة ٦)

يُشْتَرَطُ لِعَقْدِ النِّكَاحِ : اتِّحَادُ مَجْلِسِ الإِيجَابِ وَالْقَبُولِ إِذَا كَانَ الْعَاقِدَانِ حَاضِرَيْنِ ، وَإِنْ طَالَ مِنْ غَيْرِ اشْتِغَالٍ بِمَا يَدُلُّ عَلَى الإِعْرَاضِ [٢] وَسَمَاعُ كُلٍّ مِنْهُمَا كَلامَ الآخَرِ وَإِنْ لَمْ يَفْهَمَا مَعْنَاهُ مَعَ عِلْمِهِمَا أَنَّهُ مَقْصُودٌ بِهِ عَقْدُ النِّكَاحِ ، وَعَدَمُ مُخَالَفَةِ الْقَبُولِ لِلإِيجَابِ .

* * *

٧٨ – **وأما شروط الزواج** : فتنقسم إلى قسمين : شروطِ انعقادٍ ، وشروطِ صحةٍ .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١١) : ١ – يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحد وأن يكون كل من المتعاقدين سامعًا كلام الآخر وفاهمًا أن المقصود به الزواج ، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب .

٢ – ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب وبكل ما يفيد الإعراض من أحد الطرفين .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٦) يشترط لصحة الإيجاب والقبول ما يلي :

أ – صدورهما عن رضاء تام بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفًا ، وفي حالة العجز عن النطق فبالكتابة ، فإن تعذرت فبإشارته المفهومة .

ب – موافقة القبول للإيجاب صراحة أو ضمنا .

ج – أن يكونا في مجلس واحد .

د – أن يكونا منجزين وغير مؤقتين .

هـ – بقاء الإيجاب صحيحًا لحين صدور القبول .

قول الحنفية : جاء في الدر المختار (١٤/٣) : « ومن شرائط الإيجاب والقبول ، ألا يخالف الإيجاب القبول ، كـ : قبلتُ النكاحَ لا المهرَ » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٣٢/٢) عن شروط عقد النكاح : « وأما الذي يرجع إلى مكان العقد ، فهو اتحاد المجلس إذا كان العاقدان حاضرين ، وهو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، حتى لو اختلف المجلس لا ينعقد النكاح ، بأن كانا حاضرين فأوجب أحدهما ، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس لا ينعقد ؛ لأن انعقاده عبارة عن ارتباط أحد الشطرين بالآخر ، فكان القياس وجودهما في مكان واحد » . وانظر : الجوهرة النيرة (١٩/٢) ، والفتاوى الهندية (٢٦٨/١) ، والبحر الرائق (٨٩/٣) ، ورد المحتار (١٤/٣) .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦١/٧) : « إذا تراخى القبول عن الإيجاب ؛ صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره » .

٧٩ - فشروط الانعقاد ثلاثة :

الأول : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول : بأن يكون المجلس الذي صدر فيه الإيجاب هو بعينه الذي صدر فيه القبول ؛ **ومحل اشتراط هذا** : إذا كان العاقدَانِ حاضرَيْنِ في مجلس واحد . فإن كان أحدهما في بلد وكتب إلى الآخر في بلد آخر جوابًا موجِبًا الزواج ، فَقَبِلَ المكتوبَ إليه بالشروط الآتية في مادة (٩) ؛ انعقد الزواج .

فإذا لم يَطُلِ المجلس ، بأن صدر القبول عَقِبَ الإيجاب من غير تراخ فبها [1] . وإذا تأخر القبول عن الإيجاب ، فإن كان الاشتغال مدة الفصل بينهما متعلقًا بشيء من عقد الزواج ؛ صَحَّ ، وإن كان أجنبيًّا عنه ؛ فلا يصح ؛ لأنه في هذه الحالة يكون القابل قد أعرض عن الإيجاب فيبطله ، فلا يتعلق به القبول . بخلاف الحالة الأولى ، فإن الإيجاب لم يَزَلْ موجودًا ؛ إذ الفاصل متعلق به ، فكأنه من تمامه ، فيتعلق به القبول فيصح .

الثاني : سماعُ كلٌّ من العاقدَيْنِ كلامَ الآخر : فإن فهم كلٌّ منهما ما يقوله الآخر ؛ فبها . وإن لم يفهم ؛ فإن كان يعلم أنه يريد عقد الزواج بهذه العبارة ؛ صح أيضًا ، وإن لم يعلم ؛ فلا يصح .

فإذا لُقِّنَ رجلٌ امرأةً معنى : زَوَّجْتُكَ نفسي . بالفارسية مثلًا . وهي لا تفهمها وقالت اللفظ الذي لَقَّنه لها فقبل ؛ فإن كانت عالمة بأن الغرض مما تقول عقدُ الزواجِ ؛ صح ، وإلا فلا .

الثالث : عدم مخالفة القبول للإيجاب : سواء كانت تلك المخالفة في كل الإيجاب أو في بعضه . فإذا قال رجل لآخر : زوجتُ ابنتي فلانةً لابنك فلانٍ بمائة جنيه . فقبل زواجها لابنه المعين بالمهر المسمى ؛ صح العقد لعدم المخالفة .

وأما إذا قَبِلَ زواجَ غيرِ المسماةِ بأقل من المهر لغير ابنه المعين ؛ فلا يصح ؛ لمخالفة القبول لكل أجزاء الإيجاب . فإذا قبل زواجها لابنه بمهر أقل من المسمى ؛ فلا يصح أيضًا للمخالفة في بعض الإيجاب . ومثل هذا ما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتُكِ بمائة جنيه . فقالت : قبلتُ بمائة وخمسين . أو أوجبت الزوجة بمائة وخمسين ، وقبل الزوج بمائة للمخالفة في المهر إلا إذا قبل الآخر بعد ذلك . فإن الثاني يعتبر موجبًا ، والأول قابلًا ؛ لرضاه بالزيادة أو النقص الذي حصلت فيه المخالفة .

---

(١) في الأصل : [فيها] .

٨٠ - ومحل تأثير المخالفة على العقد : إذا كانت لشَرٍّ بالنسبة للموجِب كما عُلِم من الأمثلة المتقدِّمة ؛ إذ يريد من يدفع المهر النقصَ ، ويريد من يأخذه الزيادةَ . فإن كانت لخير ، كما إذا قبلت الزوجة في المثال المذكور بثمانين جنيهًا ، أو قبل الزوج في المثال المذكور بمائتين ؛ فلا تؤثر هذه المخالفة ، إذ يريد من يأخذ المهر النقصَ فيه ، ومن يدفعه الزيادةَ ، وهذا فيه منفعة للآخر . وهذه الشروط في الحقيقة للإيجاب والقبول كما هو ظاهر [1] .

(مادة ٧)

لاَ يَصِحُّ عَقْدُ النِّكَاحِ إِلَّا بِحُضَورِ شَاهِدَيْنِ حُرَّيْنِ ، أَوْ حُرٌّ وَحُرَّتَيْنِ ، عَاقِلَيْنِ بَالِغَيْنِ مُسْلِمَيْنِ لِنِكَاحِ مُسْلِمٍ مُسْلِمَةً ، سَامِعَيْنِ قَوْلَ الْعَاقِدَيْنِ مَعًا ، فَاهِمَيْنِ أَنَّهُ عَقْدُ نِكَاحٍ [2] ،

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٢) : يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين ، عاقلين بالغين ، سامعين الإيجاب والقبول ، فاهمين المقصود بهما.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : شروط انعقاد الزواج صحيحًا : المادة (١٦) :

يشترط في صحة عقد الزواج : حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين) عاقلين ، بالغين ، سامعين الإيجاب والقبول ، فاهمين المقصود بهما ، وتجوز شهادة أصول الخاطب والمخطوبة وفروعهما على العقد .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : يشترط في صحة عقد الزواج : حضور شاهدين عدلين ، سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه و من الولي.

الزوجة مطالبة بالحضور لدى العدلين عند إبرام عقد الزواج للتعبير عن رضاها وموافقتها و توقيعها على ملخص عقد الزواج .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٠) أ - يشترط لانعقاد الزواج حضور شاهدين .

ب - يشترط في الشاهد أن يكون عاقلًا ، بالغًا ، مسلمًا من أهل الثقة ، سامعًا الإيجاب والقبول ، فاهمًا أن المقصود به الزواج .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٢١/٣ ، ٢٢) : « وشرطٌ حضورُ شاهدين حرين أو حر وحرتين ، مكلفين سامعين قولهما معا على الأصح فاهمين أنه نكاح على المذهب » . وانظر : المبسوط (٣١/٥) ، والعناية شرح الهداية (١٩٧/٣) ، والجوهرة النيرة (٢/٢) ، وفتح القدير (١٩٧/٣)) .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٢٠/٣) : « ولا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين ... وشرطهما : حرية ، وذكورة ، وعدالة » .

قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢١٦/٢) : « وندب إشهاد عدلين » . وانظر : مواهب الجليل (٤٠٩/٣) .

وَلَوْ كَانَا أَعْمَيَيْنِ (١) ، أَوْ فَاسِقَيْنِ (٢) أَوْ ابْنَيْ الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ ابْنَيْ أَحَدِهِمَا (٣) . وَالأَصَمُّ لاَ يَصْلُحُ شَاهِدًا فِي النِّكَاحِ (٤) ، وَلاَ النَّائِمُ (٥) . ولاَ السَّكْرَانُ الَّذِي لاَ يَعِي مَا يَسْمَعُ

= **قول الحنابلة** : جاء في الإنصاف (١٠٢/٨ ، ١٠٣) : « الشهادة . فلا ينعقد إلا بشاهدين ... عدلين ، ذكرين ، بالغين ، عاقلين ... ورجل وامرأتين ، ومراهقين عاقلين » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٢٢/٣ ، ٢٣) وهو يعدد من تقبل شهادته : « أو أعميين » .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٢٠/٣) عن شروط الشهود : « وسمع وبصر ... وفي الأعمى وجه أنه يصح بحضرته » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٠٢/٨) : « ... عدلين ذكرين بالغين عاقلين ، وإن كانا ضريرين ، هذا المذهب بلا ريب ، وعليه الأصحاب » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٢١/٣ ، ٢٢) وهو يعدد من تقبل شهادته : « ولو فاسقين أو محدودين في قذف » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٣٥/٤) : « وعدالة ولو ظاهرة ، فلا ينعقد بفاسقين ، لأنه لا يثبت بهما » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك (٣٣٥/٢) : « وصحته بشهادة رجلين عدلين غير الولي ، فلا يصح بلا شهادة ، ولا بشهادة فاسقين » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٠٢/٨) : « ينعقد بحضورِ فاسقَيْن » .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار ٢٤/٣ هو يعدد من تقبل شهادته : « أو ابني الزوجين أو ابني أحدهما » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب شرح روض الطالب (١٢٣/٣) : « ويصح بابني أحدهما ، أي : بحضور ابني أحد الزوجين » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/٧) : « وفي انعقاده - أي : النكاح - بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان :

أحدهما : ينعقد . اختاره أبو عبد الله ابن بطة ، لعموم قوله : « إلا بولي وشاهدي عدل » . ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزواج ، فانعقد بهما نكاحه ، كسائر العدول .

والثاني : لا ينعقد بشهادتهما ، لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه ، والابن لا تقبل شهادته لوالده » .

(٤) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٦٨/١) : « وتكلموا في الأصمين اللذين لا يسمعان ، والصحيح أنه لا ينعقد » . وانظر : درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٢٩/١) .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٢٠/٣) عن شروط الشهود : « وسمع وبصر » . وانظر : أسنى المطالب شرح روض الطالب ١٢٣/٣ .

(٥) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٦٨/١) عن شروط الشهادة : « ومنها سماع الشاهدين كلامهما معا ، فلا ينعقد بشهادة نائمين إذا لم يسمعا كلام العاقدين » .

وَلاَ يَذْكُرُهُ ، فَلاَ يَنعَقِدُ النِّكَاحُ صَحِيحًا بِحُضُورِهِمْ (١) .

وأما شروط الصحة فاثنان :

الأول : أن تكون المرأة مَحَلًّا لعقد الزواج : أي غير مُحَرَّمة على من يريد تزوُّجها . وهذا آتٍ في مادة (٢٠) .

الثاني : حضور شاهدين : بخلاف سائر العقود ، فإنها تصح بغير الإشهاد ، ولكن الأحسنَ الإشهادُ على كل عقد ، خوفًا من إنكار أحد العاقدين.

وخُصَّ عقدُ الزواجِ بالإشهاد لصحته ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا نكاحَ إلا بشهود** » (٢) . ولأن المعقود عليه فيه خطير لِمَا فيه من إثبات مِلْك المنفعة للزوج على الزوجة ، فَيُعَظَّمُ جزءُ الآدمي .

٨١ - **ويشترط في الشاهدَيْنِ** : الحرية ، والعقل ، والبلوغ ؛ لأن كلاًّ من العبد ، والصبي ، والمجنون ليس من أهل الولاية . والشهادة من الولاية ، لأن فيها نفوذ قول الإنسان على الغير رَضِي أو لم يَرْضَ . وكلٌّ منهم لا ولايةَ له على نفسه ، فعلى غيره من باب أولى .

٨٢ - **ويشترط أيضًا** : إسلامُ الشاهدين ، في حالة ما إذا كان كل من الزوجين مسلمًا . فإذا كانا غير مسلمين أو كانت الزوجةُ غيرَ مسلمةٍ والزوجُ مسلمًا ، فلا يُشْتَرَط إسلام الشاهدين .

٨٣ - ولا يشترط وصف الذكورة عند الحنفية ، فيصح بحضور رجل وامرأتين خلافًا للشافعي رضي الله عنه (٣) .

٨٤ - **ويشترط في الشاهدينِ** : سماعُ كلِّ قولِ العاقدين معًا ، فإن سمعا متفرقين بأن حضر أحدهما العقد ثم غاب وأُعِيد بحضرة الآخر ، أو سمع أحدهما فقط العقد فأعيد

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في فتح القدير (٢٠١/٣) وهو يعدد من لا تقبل شهادتهم : « وعلى اعتباره الأولى : أن ينفي شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم ، وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصَّحْو » . وانظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٩٩/٢) . وجاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٢٩/١) : « وينعقد بحضور السكارى إذا فهموا ، وإن لم يذكروا بعد الصحو » .

(٢) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء لا نكاح إلا ببينة / ١١٠٣) .

(٣) جاء في مغني المحتاج (٢٣٥/٤) : « فلا ينعقد بالنساء ، ولا برجل وامرأتين ؛ لأنه لا يثبت بقولهن » .

فسمعه الآخر دون الأول ، أو سمع أحدهما الإيجاب والآخر القبول ثم أعيد فسمع كلٌّ وحدَه ما لم يسمعه أولًا ؛ فلا يصح ؛ لأنه في هذه الصور وُجِد عقدان لم يحضر كلَّ واحدٍ منهما شاهدان .

٨٥ - **ويشترط أيضًا** : أن يفهم الشاهد أن الغرضَ من هذا الكلامِ عقدُ الزواج . وحينئذ لا يصح الزواج بحضور الأصم ولا النائم ؛ لعدم سماع كُلٍّ منهما ، ولا السكران الذي لا يَعِي ما يسمع ولا يذكره بعد إفاقته ، فإن وعاه حال سكره وتذكره بعد إفاقته ؛ صح بحضوره .

٨٦ - ومتى وجدت هذه الشروط في الشاهدين ، صح العقد ، ولو كانا أعميين ، أو فاسقين ، أو ابنى الزوجين ، أو ابنى أحدهما .

وقال بعضهم : لا تجوز شهادة الأعمى ؛ لأنه لا يقدر على التمييزِ بين المدعي والمدعى عليه والإشارةِ إليهما ، فلا يكون كلامه شهادة ، فلا يصح الزواج بحضرته . ولكن المعول عليه صحة العقد بحضوره ؛ لأن الغرض التمييز ولو بالاسم ، وهو حاصل . فيمكن أن يعرف أن فلانة بنت فلان تزوجت فلان ابن فلان ، ولا يلزم معرفة شخصهما ، بل المعرفة بالاسم غير شرط إذا انتفت الجهالة.

فإذا قال رجل لآخر : زوجتُكَ بنتي . ولم يُسَمِّهَا وله بنتان ؛ فلا يصح للجهالة . بخلاف ما إذا كان له بنت واحدة ؛ فإنه يصح . وكذا إذا قال رجل لآخر : زوجتُ بنتي لابنكَ . وليس له إلا بنت واحدة وللآخر ابنان ؛ فلا يصح ، إلا إذا عين أحدهما باسمه ، فإن كان له ابن واحد ؛ صح . وقِسْ على هذا جميع الأمثلة .

٨٧ - **وقال الشافعي** : تشترط العدالة ، فلا ينعقد بحضور فاسقين ؛ لأن الشهادة من باب الكرامة ، والفاسق من أهل الإهانة ، ولأن الشهادة في العدل معقولة المعنى ، وهو صون العقد عن الجحود ، والعقد لا يثبت بشهادتهما ، فلا يصح بشهادتهما أيضًا . وهو حسن .

والحنفية يقولون : إن الفاسق من أهل الولاية ، فيكون من أهل الشهادة ، وإنما رُدَّتْ شهادته عند الأداء للتهمة ، ولا تهمة هنا للتيقُّن .

٨٨ - **والزواج له حكمان** : حكم الصحة ، وحكم الإظهار . والكلام إنما هو في الأول لا الثاني ؛ إذ الثاني إنما يكون عند التجاحُد ، وهذا لا يُقبل فيه إلا شهادة من تُقبل شهادته في سائر الأحكام بخلاف الأول ، فإنه لا يشترط فيه ذلك . بدليل اتفاقهم على

صحة العقد بحضور ابنيْ الزوجين أو ابنيْ أحدهما ، مع أنه لا يثبت بشهادتهما عند التجاحُد ؛ لأن فيه شهادة الفرع لأصله ، وهي غير مقبولة . وبدليل صحته بحضور عدوهما ، ولا تقبل شهادتهما عليهما عند التجاحُد .

٨٩ - فإذا كان لرجل من امرأة ابنان وحصلت الفرقة بينهما وأراد تزوُّجها ثانيًا ، فعقد عليها بحضور ذَيْنَكَ الابنين ، صح العقد اتفاقًا . مع أنه لو أنكر أحدهما العقدَ وادَّعاه الآخر وشهدا له ؛ فلا يثبت بشهادتهما ؛ لأن شهادة الفرع لأصله غير مقبولة للتهمة .

٩٠ - وإذا كان لرجل ابنان من امرأة وتزوج غيرها بحضور ابنيه من غيرها ؛ صح العقد اتفاقًا ، مع أن المرأة لو أنكرت هذا العقد وادَّعاه الرجل وشهد له ابناه ، فلا تقبل شهادتهما له . ولكن لو كانت هي المدعِيَةَ وهو المنكرَ وشهد ابناه عليه تُقبل ، لأن شهادة الفرع على أصله مقبولة لانتفاء التهمة .

٩١ - ومثل الأول ما إذا كان أحد الشاهدين ابنًا للزوج والآخر ابنًا للزوجة ، بأن كان رجلٌ متزوجًا بامرأة وله منها ابن وامرأةٌ متزوجةٌ برجل ولها منه ابن ، وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها ، فعقد عليها الرجل الأول بحضورِ ابنِهِ من غيرها وابنِها من غيره ، صح العقد . ولكن إذا أنكر هذا العقد أحدهما وادعاه الآخر ؛ فلا يثبت بشهادة هذين الابنين ؛ لأنه وإن كان في كلٍّ منهما شهادة الفرع على أصله ، إلا أن نصاب الشهادة وهو اثنان لم يَتِمَّ ؛ لأن واحدًا منهما شاهد لأصله ، فلا تقبل شهادته .

والكلام الآن إنما هو في صحة العقد لا في إثباته ؛ فيصح بحضور الفاسقين وإن لم يثبت بشهادتهما عند التجاحد ، كما صح بحضور من ذُكِر وإن لم يثبت بشهادتهم .

ولو قيل : إن العقد لا يصح إلا إذا ثبت عند التجاحُد بشهادة شهود العقد . لكان حسنًا .

(مادة ٨)

إِذَا زَوَّجَ الأَبُ بِنْتَهُ الْبَالِغَةَ الْعَاقِلَةَ بِأَمْرِهَا وَرِضَاهَا وَكَانَتْ حَاضِرَةً بِنَفْسِهَا فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ ؛ صَحَّ النِّكَاحُ بِمَحْضَرِ شَاهِدٍ وَاحِدٍ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَتَيْنِ (١) . وَكَذَلِكَ إِذَا أَمَرَ الأَبُ غَيْرَهُ أَنْ يُزَوِّجَ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ ، فَزَوَّجَهَا بِمَحْضَرِ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَتَيْنِ وَالأَبُ حَاضِرٌ بِالْمَجْلِسِ ؛ صَحَّ النِّكَاحُ (٢) .

* * *

٩٢ – فقد علمتَ مما تقدم أنه لابد لصحة الزواج من حضور شاهدين ، فما يظهر في بعض الصور من صحته بحضور شاهد واحد مخالفٌ للحقيقة ؛ إذ بإمعان النظر يتبين وجودُ شاهدين . فإذا كان لرجل بنت بالغة عاقلة ، وَزَوَّجَها بأمرها ورضاها بمحضر شاهد واحد سواء كان رجلًا أو امرأتين ، وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد ؛ صحَّ الزواج . فيُتَوَهَّم باديَ بَدْءٍ أنه ليس هناك إلا شاهد واحد ، ولكن بالتأمل نَجِدُ أن هناك شاهدين ، لأن البنت متى كانت متصفةً بالبلوغ والعقل ، فالحق في زواجها لنفسها لا لأبيها ، فالأب في هذه الحالة وكيل ، فتُجْعَل البنتُ مباشِرَةً للعقد ؛ لأن المجلس مُتَّحِدٌ ، فيبقى الأب الذي هو الوكيلُ سفيرًا ومُعَبِّرًا ؛ فيكون شاهدًا مع الرجل ، فوجد شاهدان في هذه المسألة . فإن كانت غائبة عن مجلس العقد ؛ فلا يصح ؛ لأن المجلس مختلف ، فلا يمكن أن تُجْعَل مباشِرةً ، فلا ينتقل كلامه إليها ، فيبقى الرجل وحده شاهدًا ، وبه لا ينعقد الزواج .

٩٣ – **والأصل في جنس هذه المسائل** : أنه متى أمكن مباشرةُ الموكِّلِ حقيقةً ، يُجْعَل مباشرًا حكمًا ، وإلا فلا .

٩٤ – ولذا لو كان لرجل بنت صغيرة ووَكَّل رجلًا في زواجها ، فزوجها لرجل بحضور شاهد واحد ، فإن كان الأب حاضرًا في هذا المجلس ؛ صح الزواج ، وإن لم

---

(١) جاء في الجوهرة النيرة (٣/٢) : « إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ، إن كانت حاضرة ؛ جاز ، وإن كانت غائبة ؛ لا يجوز ، لأنها إذا كانت حاضرة تُجعل كأنها هي التي باشرت العقد ، وكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين » . وانظر : فتح القدير (٢٠٦/٣) ، ورد المحتار (٢٥/٣) .

(٢) جاء في فتح القدير (٢٠٦/٣) : « ومن أمر رجلًا أن يزوج ابنته الصغيرة ، فزوجها والأب حاضر بحضرة رجل واحد ؛ جاز النكاح » .

يكن حاضرًا ؛ فلا يصح ؛ لأن الوكيل في الزواج كما عَرَفْتَ سفيرٌ ومعبرٌ يَنْقُل عبارة الموكِّل ، فإذا كان الموكل حاضرًا كان مباشِرًا ؛ لأن العبارة تنتقل إليه وهو في المجلس ، وليس المباشِر سوى هذا . بخلاف ما إذا كان غائبًا ؛ لأن المباشر مأخوذ في مفهومه الحضور .

٩٥ – ولو زوجت المرأة ابنتها البالغة برضاها بحضرة رجل وامرأة ، جاز إن كانت البنت حاضرة ؛ لأن البنت تُجْعَل مباشِرةً للعقد ، وتعتبر الأمُّ مع المرأةِ شاهدًا والرجلُ شاهدًا ، فقد وجد شاهدان . وإن كانت البنت غائبة ؛ فلا يصح لِمَا ذُكِر .

٩٦ – وإن كانت البنت صغيرة في هذه المسألة ؛ لم يجز مطلقًا ، أي سواء كانت حاضرة أو غائبة ؛ لأن الانتقال إليها غير ممكن ؛ لأنها لا تصلح لمباشرة العقد . ومثلها الأب إذا زَوَّج ابنته الصغيرة بحضرة رجل واحد ، فإنه لا يجوز مطلقًا .

٩٧ – ومن هذا الجنس ما لو وَكَّلَ رجلًا في أن يزوجه امرأة ، فعقد الوكيل بحضرة رجل واحد أو امرأتين ، فإن كان الموكِّلُ حاضرًا ؛ جاز العقد ، وإلا فلا .

ومثله : ما إذا وَكَّلَتْ امرأةٌ رجلًا في زواجها ، فعقد عليها بحضرة رجل أو امرأتين ؛ صح العقد إن كانت حاضرة . وقِسْ على هذا ما أَشْبَهَهُ (١) .

(مادة ٩)

لاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالْكِتَابَةِ إِذَا كَانَ الْعَاقِدَانِ حَاضِرَيْنِ (٢) ، وَيَنْعَقِدُ بِكِتَابَةِ الْغَائِبِ لِمَنْ يُرِيدُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ أَنْ تَقْرَأَ أَوْ تُقْرِئَ الْكِتَابَ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ وَتُسْمِعَهُمَا عِبَارَتَهُ أَوْ تَقُولَ لَهُمَا : فُلاَنٌ بَعَثَ إِلَيَّ يَخْطُبُنِي . وَتُشْهِدَهُمَا فِي الْمَجْلِسِ أَنَّهَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ (٣) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٧) : يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائبًا عن المجلس .

(٢) جاء في رد المحتار (٣/ ١٢) عن الأنكحة التي لا تنعقد : « ولا بكتابةِ حاضرٍ ، فلو كتب : تزوجتُكِ . فكتبت : قبلتُ ؛ لم ينعقد ، بل غائبٍ » أي أن التعبير بالكتابة ينعقد به النكاح للغائب لا للحاضر . وانظر : درر الحكام (١/ ٣٢٧) ، والبحر الرائق (٣/ ٩٠) ، والفتاوى الهندية (١/ ٢٧) ، ومجمع الأنهر (١/ ٣١٧) .

(٣) **هذه المسألة مختلف فيها** :

قول الحنفية : جاء في رد المحتار (٣/ ١٢) : « ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب . وصورته : أن يكتب إليها يخطُبها ، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم ، وقالت : زوجتُ نفسي منه ، أو =

٩٨ - وقد عَرَفتَ من شرح مادة (٦) أن من شروط انعقاد الزواج : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول إذا كان العاقدان حاضرين ، أي في مجلس واحد .

فإن كان أحدهما غائبًا عن الآخر سواء كان في بلد آخر أو في البلد الذي هو فيه ولكن في محل آخر ؛ صح عقد الزواج بالكتابة ، وإن اختلف مجلس الإيجاب والقبول . فإذا كتب رجل لامرأة يَخْطُبُهَا فعندما بلغها الكتاب أحضرت الشهود ، وقرأته عليهم ، وقالت : زوجتُ نفسي منه . أو أمرت غيرها بقراءته وبعدها قالت : زوجتُ نفسي منه . أو بعدما أحضرت الشهود قالت لهم : فلان بعث إليَّ يتزوجني ، فاشهدوا أني زوجتُ نفسي منه ؛ صح الزواج ، وإن كان مجلس الإيجاب والقبول مختلفًا ؛ لأنهما ليسا في مجلس واحد .

فإذا لم تقل بحضرتهم سوى : زوجتُ نفسي من فلان . فلا ينعقد ؛ لأن سماع الشطرين شرط لصحة الزواج ، وبإسماعهم الكتابَ أو التعبيرَ عنه منها ، قد سمعا الشطرين . بخلاف ما إذا لم يوجد واحد منهما . **ولـذا قال بعض المحققين** : إن هذا الشرط الذي هو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، لا استثناء منه أصلًا ، حتى في مسألة الزواج بالكتابة ؛ لأن سماعَ الشهودِ الكتابَ سواء كان منها أو من غيرها أو التعبير عنه منها إيجاب ، فكأن الكاتب أوجب في هذا المجلس ، وقولها : زوجتُ نفسي منه . في هذا المجلس قبول ، وحينئذ فمجلسهما متحد ، فلا استثناء . وهو حسن [1] .

= تقول : إن فلانًا كتب إليَّ يخطُبني فاشهدوا أني زوجتُ نفسي منه . أما لو لم تقل بحضرتهم سوى : زوجتُ نفسي من فلان ؛ لا ينعقد ، لأن سماع الشطرين شرطُ صحةِ النكاحِ » . وانظر : المبسوط (١٥/٥ ، ١٦) ، وفتح القدير (١٩٨/٣) .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٣٠/٤) : « ولا ينعقد بكتابة في غيبة أو حضور ، لأنها كناية » . وانظر : تحفة المحتاج (٢٢٣/٧) .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٣٩/٥) : « ولا يصح النكاح من القادر على النطق بإشارة ولا كتابة ، للاستغناء عنها » . وانظر : مطالب أولي النهى (٤٩/٥) . وجاء في الإنصاف (٤٩/٨) : « وأما الكتابة في حق القادر على النطق ، فلا ينعقد بها النكاح مطلقًا على الصحيح من المذهب . وقيل : ينعقد . ذكرهما في المحرر وغيره . وأطلقهما في الرعايتين والحاوي الصغير . وقال في الرعاية الكبرى : الأظهر المنع مع حضوره ، والصحة مع غيبته » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة ١٠ : يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المعلومة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة ١٥ : يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة كالإنكاح والتزويج وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة .

(مادة ١٠)

يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الأَخْرَسِ بِإِشَارَتِهِ ، إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً مُؤَدِيَةً إِلَى فَهْمِ مَقْصُودِهِ (١) .

* * *

٩٩ - وبما أن اللفظَ أدلُّ على مقصود كل شخص من غيره ، والمعقود عليه في الزواج أمر خطير ، فلا يعدل عن اللفظ إلى غيره إلا لضرورة . فإذا كان أحد المتعاقدَيْنِ أخرسَ ؛ فلا يشترط اللفظ ؛ لأنه غير ممكن منه ، وحينئذ يصح زواجه بإشارته إذا كانت معلومةً مؤديةً إلى فَهْمِ مقصوده .

(مادة ١١)

يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ صَحِيحًا بِدُونِ تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ ، وَمَعَ نَفْيِهِ أَصْلًا (٢) ، وَبِالْعَقْدِ يَجِبُ مَهْرُ

(١) هذه المسألة متفق عليها :

قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٢/١) : « ويجوز نكاح الأخرس ... إذا كان يكتب أم يومئ إيماءً يُعْرَف به » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٢١/٧) : « وينعقد نكاح الأخرس بإشارته التي لا يختص بفهمها الفطن » . وانظر : مغني المحتاج (٢٣٠/٤) ، ونهاية المحتاج (٣٥٦/٤) ، (٢١٢/٦) ، وحاشية البيجيرمي على الخطيب (٣٩٦/٣) .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٢٦٧/٣) : « ويشترط اللفظ من القادر عليه ، وتقوم مقامه إشارة الأخرس » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (١٦٩/٥) : « وينعقد نكاح أخرس بإشارة مفهومة » . وانظر : الإنصاف (٤٩/٨) .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٦٢/٥) : « وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز » . وجاء في تبيين الحقائق (١٣٦/٢) : « صح النكاح بلا ذكر المهر ، وكذا مع نفيه » . وانظر : أحكام القرآن للجصاص (٥١٢/١) ، والعناية (٢٦٧/٣ ، ٣١٦) ، وفتح القدير (٣١٦/٣) ، ودرر الحكام (٣٤١/١) ، ومجمع الأنهر (٣٣٤/١ ، ٣٤٥) .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٧٦/٣) : « يسن تسميته ، أي : الصداق - في العقد ، لأنه ﷺ لم يخل نكاح منه ، ويجوز إخلاؤه منه إجماعًا » . وانظر : حاشية البيجيرمي على الخطيب (٣٤٦/٣) .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك (٣٤٠/٢) : « وندب ذكر الصداق ، أي : تسميته عند العقد ، لما فيه من اطمئنان النفس » . وانظر : المنتقى شرح الموطأ (٢٦٤/٣) . وجاء في الفواكه الدواني (٤/٢) : « (و) لا نكاح إلا بـ (صداق) سُمِّيَ ولو حكمًا ، والمُضِرُّ إنما هو الدخول على إسقاط الصداق ، فإنه يقتضي فسخ العقد قبل الدخول ، وإن ثبت بعده بصداق المثل » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٢٧/٨) : « ويستحب ألا يعرى النكاح عن تسميته الصحيح من المذهب : أن تسمية الصداق في العقد مستحبة . وعليه جماهير الأصحاب . وقال في التبصرة : يكره ترك التسمية فيه » . وانظر : مطالب أولي النهى (١٧٤/٥) .

المِثْلِ لِلْمَرْأَةِ .

١٠٠ - فإذا وجد عقد الزواج مستوفيًا شرائطه المتقدمة ؛ صح ولا يحتاج إلى الخِطْبة ولا إلى تسمية المهر ؛ لأن الخِطْبة سنةٌ ، فلا تتوقف صحةُ الزواجِ عليها .

ولا يتعين فيها لفظ مخصوص ، ولكن الأحسنَ الخطبةُ بما ورد ، ومنه : « الحمد لله ، نَحْمَدُهُ ، ونستعين به ، ونستغفره ، ونعوذ باللّه من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهدِ [١] اللّهُ فلا مضلَّ له ، ومن يُضْلِلْ فلا هاديَ له ، وأشهد أن لا إله ألا اللّه وحده لا شريك له ، وأشهد أن سيدنا محمدًا عبده ورسوله » ، ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ [٢] ، ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾ [٣] ، ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ۝ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَٰلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾ [٤] .

١٠١ - وكما أن الخِطْبة ليست بشرط ، فكذا تسمية المهر ليست بشرط في صحة العقد ؛ فيصح بدون تسمية المهر اتفاقًا ، ومع نفيه أصلًا عند الحنفية [٥] ، كما إذا قال لها : تزوجتُكِ بدون مهر . وقَبِلَت ؛ فإن العقد يصح ، ولكن يجب للزوجة مهرُ المِثْلِ الآتي بيانه في مادة (٧٧) .

١٠٢ - وقال الإمام مالك [٦] رضى اللّه تعالى عنه : لا يصح الزواج مع نفي المهر .

---

(١) في الأصل : [يهدي] .
(٢) النساء : ١
(٣) آل عمران : ١٠٢ .
(٤) الأحزاب : ٧٠ .
(٥) وكذا الشافعية والحنابلة .
(٦) هو : أبو عبد اللّه مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث ، شيخ الإسلام حجة الأمة ، إمام دار الهجرة ولد ﷺ على الأصح في سنة ثلاث وتسعين ، سمع من: نافع ، وسعيد المقبري ، والزهري ، وغيرهم ، وروى عنه: محمد بن عقبة ، وابن جريج ، والأوزاعي ، وخلق كثير ، طلب العلم وهو ابن بضع عشرة سنة ، وتأهل للفتيا ، وجلس للإفادة وله إحدى وعشرون سنة ، وقصده طلبة العلم من جميع الآفاق ، وروى عن النبي ﷺ أنه قال : **« ليضربن الناس أكباد الإبل في طلب العلم فلا يجدون عالمًا أعلم من عالم المدينة »** قال عنه الإمام الشافعي : إذا ذكر العلماء فمالك النجم ، وكان ﷺ لا يركب في المدينة مع ضعفه وكبر سنه ، ويقول : لا أركب في مدينة فيها جسد الرسول ﷺ ، من تصانيفه: الموطأ ، رسالة إلى الرشيد ، وما نقل بعده : المدونة ، والواضحة ، توفي سنة تسع وسبعين ومائة . انظر: شجرة النور الزكية (٥٣) ، سير أعلام النبلاء (٣٨٢/٧) ، معجم المؤلفين (٩/٣) .

١٠٣ - **وقال بعض الشافعية** : إن تزوجها بلا مهر في الحال ولا في المستقبل ، لا يصح [١] .

١٠٤ - **ووَجْهُ قولهما** : أن الزواج عقدُ معاوضة كالبيع ، والمهر كالثمن. والبيع بشرط أن لا ثَمَنَ لا يصح ، فكذا الزواج بشرط أن لا مهر .

وكان مقتضى هذا أن يَفْسُد بترك التسمية أيضًا ، إلا أنه تُرِك بحديث ابن مسعود [٢] في المفوضة .

١٠٥ - **وقالت الحنفية** : إن الزواج عقدُ انضمامٍ وازدواجٍ ، فليس المال جزءًا في مفهومه ، فيتم بدونه ، خصوصًا وأن المقصود منه التوالُد والتناسُل والازدواج دون المال ، فلا يشترط فيه ذكره ، بخلاف البيع . بل المهر حكم من أحكامه ، والحكم لا يُشْتَرَطُ ذكره في العقد كمِلْك المشتري المبيعَ في عقد البيع . فإن ذَكَر الحكمَ في العقد فبها ، ويجب على الزوج أداؤه ، وإن لم يُذْكَر ، فالواجب مهر المثل ؛ لأن العادة أن المرأة لا تتزوج إلا بمهر مثلها ، فرجعنا إليه عند تعذُّر إيجاب المسمى .

١٠٦ - والأحسنُ أن يتزوجَ امرأةً صالحةً معروفةَ النسبِ والحَسَبِ والديانةِ ، فإن العرق نزاع . ولا يتزوج امرأة لحَسَبها وعِزِّها ومالها وجمالها ، بل لدينها . فإن تزوجها لذلك فلا يزداد به إلا ذُلًّا وفقرًا ودناءةً .

١٠٧ - والأحسن أيضًا أن يتزوج مَنْ هي فوقه في الخُلُق والأدب والورع والجمال ، ودونه في العِزِّ والحِرْفة والحَسَب والمال والسِّنِّ ، فإن ذلك أبعدُ من احتقارها له وافتتانها بغيره .

١٠٨ - ويختار أيسرَ الناسِ خِطْبَةً ومُؤْنَةً .

١٠٩ - وتزوُّج البكر أحسنُ ، للحديث : « **عليكم بالأبكار ، فإنهن أعذب أفواهًا ، وأنقى أرحامًا ، وأرضى باليسير** » [٣] .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٣٦/٢) . وجاء في مغني المحتاج (٣٨٠/٤) : « قضية إطلاقه نفيَ المهر أنها لو قالت : زوجني بلا مهر في الحال ، ولا عند الدخول ولا غيره . يكون تفويضًا صحيحًا ، وهو أحد وجهين . قال الأذرعي : إنه الذي يقتضيه إيراد جمهور العراقيين كما قاله بعض الأئمة ، فهو المذهب » .

(٢) هو : عبد اللّه بن مسعود بن غافل الإمام الحبر ، فقيه الأمة ، أبو عبد الرحمن الهذلي المكي ، كان من السابقين الأولين ، ومن النجباء العالمين شهد بدرًا ، وهاجر الهجرتين وكان يوم اليرموك على النفل ، ومناقبه غزيرة ، روى علمًا كثيرًا ، توفي سنة ٣٢هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (٢٩٠/٣) .

(٣) سنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : تزويج الأبكار / ١٨٦١) .

(مادة ١٢)

لاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ الْمُعَلَّقُ بِشَرْطٍ غَيْرِ كَائِنٍ أَوْ حَادِثَةٍ غَيْرِ مُحَقَّقَةِ الْحُصُولِ ، وَلاَ يَبْطُلُ النِّكَاحُ الْمَقْرُونُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ ، بَلْ يَبْطُلُ الشَّرْطُ دُونَهُ ، كَمَا إِذَا اشْتَرَطَ الزَّوْجُ فِي الْعَقْدِ عَدَمَ الْمَهْرِ فَشَرْطُهُ فَاسِدٌ وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ (١) .

١١٠ - **وعقد الزواج إما أن يكون** : مُنَجَّزًا ، أو مُعَلَّقًا على شرط ، أو مقرونًا بشرط ، أو مضافًا إلى زمنٍ مستقبلٍ .

١١١ - **فالمنجز** : هو ما صَدَر بصيغة مطلقة غير مقيدة بشيء ما . كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتُكِ . فقالت : قبلتُ . وهذا لا كلام في صحته بعد استيفائه الشروط المتقدمة .

١١٢ - **والمعلق على شرط** : هو ما عُلِّقَ فيه مضمون جملة على مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات التعليق . كإن حضر ابني من سفره ، فقد زوجتُكِ له . فقد علق فيه مضمون جملة الجزاء وهو التزويج على مضمون جملة الشرط ، وهو حضور ابنه من السفر . وهذا فيه تفصيل ، وبيانه : أن مضمون فعل الشرط إما أن يكون كائنًا أي محققًا وقت التكلم ، أو مستقبلًا محققًا ، أو معدومًا يُتَوَقَّعُ وجودُهُ .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء المبسوط (٦٢/٥) : « وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز ، ولها مهر مثلها من نسائها لا وكس ولا شطط إن دخل بها أو مات عنها » . وانظر : بدائع الصنائع (٢٩٥/٢) ، وتبيين الحقائق (١٤٠/٢) ، ومجمع الأنهر (٣٤٧/١) ، والعناية (٣٢٤/٢) ، ورد المحتار على الدر المختار (١٠٨/٣) .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٣٩٢/٧) : « لو لم يذكر ، أي : الصداق - في عقد النكاح ، وجب مهر المثل » . وانظر : الأم (١٧٢/٥) ، (١٦٣/٧) ، ونهاية المحتاج (٣٤٢/٦) .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على خليل (٢٦٢/٣) : « يكون النكاح فاسدًا إذا دخلا على إسقاط الصداق بالكلية ، فيُفسخ قبل الدخول ، ويثبت بعده بصداق المثل » . وجاء في الفواكه الدواني (١١/٢ ، ١٢) : « (ولا) يجوز أي يحرم (نكاح بغير صداق) بأن دخلا على إسقاطه ، ويكون فاسدًا لما مر من أن الصداق ركن أو شرط في النكاح . وحكم هذا النكاح بعد الوقوع : الفسخ قبل البناء ، والثبوت بعده بصداق المثل ، ككل نكاح فاسد لصداقه » . وانظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٠٢/٢) .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (١٥٦/٥) : « تفويض البضع : وهو الذي ينصرف الإطلاق إليه ، وهو أن يزوج الأب ابنته المجبرة بغير صداق ، أو تأذن المرأة لوليها أن يزوجها بغير صداق ، سواء سكتَ عن الصداق أو شرط نفيه ، فيصح العقد ، ويجب لها مهر المثل » . وانظر : مطالب أولي النهى (١٨٠/٥) .

١١٣ - **فإن كان محققًا وقت التكلم** ، كأن خَطَب رجلٌ بنتًا لابنه فقال أبوها : إني زوجتُها من فلان . فكذَّبه ، فقال أبوها : إن لم أكن زوجتُها لفلان ، فقد زوجتُها لابنك . فقبل أبو الولد ، ثم علم كذبه ؛ ففي هذا المثال مضمون فعل الشرط وهو عدم تزويج البنت لفلانٍ الذي ادعاه أبوها محقق في الماضي ، وحكم هذا الصحة . ومثل هذا ما إذا قال رجل لآخر : إن كان ابنكَ حَضَر من سفره الآن ، زوجتُه ابنتي . فقبل أبو الابن ، وكان الابن وقت التكلم بهذه العبارة حَضَر من سفره ، فإن الزواج ينعقد صحيحًا ، لأن مدلولَ فعلِ الشرطِ فيه محققٌ .

١١٤ - **وإن كان مستقبلًا محققًا** ، كما إذا قال رجل لامرأة : إن جاء الغدُ ، فقد تزوجتُكِ . فإن مجيء الغدِ وهو اليوم التالي ليومكَ الذي أنتَ فيه محققٌ ، وحكم هذا عدم الصحة .

١١٥ - **وإن كان معدومًا يُتَوَقَّعُ وجودُه** ؛ كما إذا قال : إن رَضِي أبي ، تزوجتُكِ . وقَبِلَتْ . فإن رضا الأب وقت هذا التكلم معدوم ، ويجوز رضاه وعدمه . وحكم هذا أن العقد لا يصح . وصاحب الدرر يقول : إن العقدَ صحيحٌ ، والتعليقَ لاغٍ . وقال بعضهم : إن وُجِد الشرطُ في المجلس ، صح العقد .

١١٦ - **والمقرون بالشرط** : هو ما صدر فيه الإيجاب غيرَ مقيَّدٍ بشيء أولًا ، ثم أُعْقِبَ بشرط زائد عليه . كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتُكِ بشرط ألا أدفع لكِ مهرًا . فقبلت . ففي هذا المثال صدر الإيجاب وهو قوله : تزوجتُكِ . منجَّزًا في أول الأمر ، ولكن أتى بعده الشرطُ وهو عدم المهر . وهذا فيه تفصيل ؛ لأن الشرط إما أن يكون من مقتضيات العقد ، كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتُكِ بشرط أن أُنفِقَ عليكِ . وإما ألا يكون من مقتضياته ، كما إذا شرط في العقد عدم المهر . ففي الأول يصح العقد والشرط ، وفى الثاني يصح العقد ويلغو الشرطُ ويجب مهر المثل . وستأتي هذه المسألة مفصَّلةً إن شاء اللّٰه تعالى في الباب الرابع في شروط المهر .

١١٧ - **والمضاف إلى زمنٍ مستقبَلٍ** : هو ما لم يَقْصِدْ حصولَه الآن ، بل قَصَد حصولَه بعد زمنٍ معينٍ . كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتُكِ غدًا ، أو بعد شهر . فإنَّ غرضه أن التزوُّج لا يحصل في هذا الوقت ، وإنما يحصل في الغد أو بعد شهر من تاريخه . وهذا لا ينعقد ، ولو جاء الزمن المضاف إليه (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣) : لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا =

(مادة ١٣)

لاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ عَلَى الصَّحِيحِ كَنِكَاحِ الْمُتْعَةِ (١) .

* * *

(مادة ١٤)

نِكَاحُ الْمُتْعَةِ هُوَ : أَنْ يَعْقِدَ الرَّجُلُ عَقْدًا عَلَى امْرَأَةٍ بِلَفْظِ الْمُتْعَةِ . وَهُوَ بَاطِلٌ لاَ يَنْعَقِدُ أَصْلًا وَإِنْ حَضَرَهُ الشُّهُودُ (٢) ، ....

= المعلق على شرط غير متحقق .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٨) : لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٦٥) أ - إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد .
ب - إذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرمًا شرعًا بطل الشرط وصح العقد .
ج - إذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرمًا شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨٣/١) : « والنكاح المؤقت باطل . ولا فرق بين طول المدة وقصرها على الأصح ، ولا بين المدة المعلومة والمجهولة . قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني : وكثير من مشايخنا قالوا : إذا سَمَّيَا ما يُعلم يقينًا أنهما لا يعيشان إليه كألف سنة ، ينعقد ويبطل الشرط ، كما لو تزوجها إلى قيام الساعة أو خروج الدجال أو نزول عيسى عليه السلام . وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله » . وجاء في فتح القدير (٢٤٨/٣ ، ٢٤٩) : « (والنكاح المؤقت باطل) مثل أن يتزوج امرأةً بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام . وقال زفر رحمه الله : هو صحيح لازم ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة » . وانظر : بدائع الصنائع (٢٧٣/٢) ، وتبيين الحقائق (١١٥/٢) ، والعناية (٢٤٨/٣ ، ٢٤٩) ، والجوهرة النيرة (١٨/٢) ، ودرر الحكام (٣٣٤/١) ، والبحر الرائق (١١٥/٣) .

(٢) الشافعية والمالكية والحنابلة لا يفرقون بين النكاح المؤقت ونكاح المتعة كما فعل الحنفية ، فالكل عند الجمهور متعة ذكر لفظ المتعة أو لم يذكرها طالما نص في العقد على مدته .

قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (١٨/٢) : « وصورة نكاح المتعة أن يقول لامرأة : خذي هذه العشرة ، لأتمتع بك ، أو : متعيني بنفسكِ أيامًا . وهو باطل بالإجماع » . وانظر : المبسوط (١٥٢/٥) ، وبدائع الصنائع (٢٧٢/٢) ، وتبيين الحقائق (١١٥/٢) ، والعناية (٢٤٦/٣ ، ٢٤٧) ، وفتح القدير (٢٤٦/٣ ، ٢٤٧) ، ودرر الحكام (٣٣٣/١ ، ٣٣٤) ، والبحر الرائق (١١٥/٣) ، والفتاوى الهندية (٢٨٢/١ ، ٢٨٣) .

قول الشافعية : جاء في الأم (٨٥/٥ ، ٨٦) : « وجماع نكاح المتعة المنهي عنه : كل نكاح كان إلى أجل من الآجال قَرُب أو بَعُد . وذلك أن يقول الرجل للمرأة : نكحتُكِ يومًا أو عشرًا أو شهرًا ، أو : نكحتُكِ حتى أخرج من هذا البلد ، أو : نكحتُكِ حتى أُصِيبَكِ فتحلين لزوج فارقكِ ثلاثًا . أو ما أشبه هذا مما لا يكون فيه =

.... وَلاَ يَتَوَارَثُ بِهِ الزَّوْجَانِ (١) .

* * *

١١٨ - وزواج المتعة غير منعقد . وصورته : أن يقول أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال . أو يقول : خُذِي مني هذه العشرة ، لأستمتع بك أيامًا ، أو متعيني نفسَكِ أيامًا ، أو عشرة أيام ، أو لم يقل أيامًا .

وهذا العقد باطل وإن حَضَره الشهود ، ويترتب على بطلانه أنه إذا مات أحدهما فلا يرثه الآخر ؛ لأن التوارث إنما يكون بالعقد الصحيح .

١١٩ - وقال بعضهم : إنه جائز ؛ لأنه كان مشروعًا ، فيبقى إلى أن يظهرَ ناسخ

= النكاح مطلقًا لازمًا على الأبد أو يحدث لها فرقة » . وانظر : أسنى المطالب (١٢١/٣) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (٢١٨/٣ ، ٢١٩) ، وتحفة المحتاج (٢٢٤/٧) ، ومغني المحتاج (٢٣١/٤ ، ٢٣٢) ، ونهاية المحتاج (٢١٤/٦) .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (١١/٢) : « (ولا) يجوز بمعنى يحرم (نكاح المتعة وهو النكاح إلى أجل) لما روي أنه ﷺ نهى عام الفتح عنه . وحكى المازري الإجماع على حرمته إلى يوم القيامة كما في الروايات » . وانظر : أحكام القرآن لابن العربي (٣١٥/٣) ، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٥٣/٢) ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٣٩/٢) .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٣٦/٧) : « معنى نكاح المتعة : أن يتزوج المرأة مدة ، مثل أن يقول : زوجتُكَ ابنتي شهرًا ، أو سنةً ، أو إلى انقضاء الموسم ، أو قدوم الحاج ، وشبهه ، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة . فهذا نكاح باطل . نص عليه أحمد فقال : نكاح المتعة حرام » . وانظر : الإنصاف (١٦٣/٨) ، ومطالب أولي النهى (٦٦٨/٣) ، وكشف القناع (٩٦/٥) .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الخانية (٣٢٦/١) : « نكاح المتعة باطل لا يفيد الحِلَّ ، ولا يقع عليها طلاق ، ولا إيلاء ، ولا ظهار ، ولا يرث أحدهما من صاحبه » . وانظر : الفتاوى الهندية (٢٨٢/١ ، ٢٨٣) ، وشرح معاني الآثار (٢٤/٣) ، وأحكام القرآن للجصاص (٢٠٩/٢) .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٨٥/٥) : « قال ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك وغيره : إن كل نكاح نص الله ورسوله ﷺ على تحريمه لا يُخْتَلَف فيه ، فإنه يُفسخ بغير طلاق ، وإن طَلَّق فيه قبل الفسخ ، لم يلزمه ولا يتوارثان » .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٩٧/٥) : « (ولا يثبت به) أي بنكاح المتعة (إحصان ولا إباحة للزوج الأول) يعني لمن طلقها ثلاثًا ؛ لأنه فاسد ، فلا يترتب عليه أثره (ولا يتوارثان) » . وانظر : مطالب أولي النهى (١٢٨/٥ ، ١٢٩) .

له (١) . ويستدلون على قولهم بقوله تعالى : ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (٢) ، وبقول عطاء (٣) : سمعتُ جابرًا (٤) : يقول: تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وأبي بكر (٥) ونصفٍ من خلافة عمر (٦) ، ثم نهى

(١) ينسب الأحناف هذا القول إلى الإمام مالك . انظر : المبسوط (١٥٢/٥) ، وتبيين الحقائق (١١٥/٢) ، والعناية (٢٤٧/٣) ، وفتح القدير (٢٤٧/٣) . (٢) النساء : ٢٤ .

(٣) هو : عطاء بن أبي رباح ، سيد التابعين علمًا وعملًا وإتقانًا في زمانه بمكة . روى عن : عائشة ، وأبي هريرة ، والكبار . وعاش تسعين سنة أو أزيد . وكان حجة إمامًا كبير الشأن ، أخذ عنه أبو حنيفة وقال : ما رأيت مثله . وقال ابن جريج ، عن عطاء : إن الرجل ليحدثني بالحديث فأنصت له كأني ما سمعته وقد سمعته قبل أن يولد . قال يحيى القطان : مرسلات مجاهد أحب إلينا من مرسلات عطاء بكثير . كان عطاء يأخذ من كل ضرب . وقال أحمد : ليس في المرسل أضعف من مرسل الحسن وعطاء ، كانا يأخذان عن كل أحد . وروى محمد بن عبدالرحيم ، عن علي بن المديني ، قال : كان عطاء بأخرة قد تركه ابن جريج ، وقيس بن سعد . قلت : لم يعن الترك الاصطلاحي ، بل عنى أنهما بطلا الكتابة عنه ، وإلا فعطاء ثبت رضى . انظر : ميزان الاعتدال للذهبي (٧٠/٣) .

(٤) هو : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبة ، الإمام الكبير ، المجتهد ، الحافظ ، صاحب رسول الله ﷺ ، روى عن النبي ﷺ علمًا كثيرًا ، وعن عمر ، وعلي ، وطائفة ، وحدث عنه : ابن المسيب ، وعطاء بن أبي رباح ، وغيرهما ، شهد مع أبيه بيعة العقبة الثانية ، قال عن نفسه : غزوت مع رسول الله ﷺ ست عشرة غزوة لم أقدر على أن أغزو حتى قتل أبي بأحد ، وكان يخلفني على إخوتي ، كان مفتي المدينة في زمانه ، وعاش بعد ابن عمر أعوامًا وتفرد عاش أربعة وتسعين عامًا وتوفي سنة ثمان وسبعين من الهجرة . انظر: أسد الغابة (٣٠٧/١) ، الإصابة (٢٢٢/١) ، سير أعلام النبلاء (٣٣٦/٤) .

(٥) هو : عبد الله بن أبي قحافة عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة ، القرشي التميمي ﷺ صاحب رسول الله ﷺ ، وأول من آمن به من الرجال ، روى عن: رسول الله ﷺ ، وروى عنه: عمر ، وعثمان ، وعلي ، وعبد الرحمن بن عوف ، وغيرهم من الصحابة ، فضائله ﷺ لا تعد ولا تحصى ، فمنها : ما قاله الرسول ﷺ عنه : « ما دعوت أحدًا إلى الإسلام إلا كانت له كبوة وتردد إلا أبا بكر ما عتم حين ذكرت له » وقال عنه أيضًا رسول الله ﷺ : « ما لأحد عندنا يد إلا وقد كافأناه ما خلا أبا بكر ، فإن له عندنا يدًا يكافئه بها الله يوم القيامة ، وما نفعني مال قط ما نفعني مال أبي بكر ، ولو كنت متخذًا خليلًا لاتخذت أبا بكر خليلًا ، وقد تولى الخلافة من بعد رسول الله ﷺ ومكث فيها سنتين ومائة يوم توفي ﷺ مساء ليلة الثلاثاء لثمان بقين من جمادى الآخرة في السنة الثالثة عشر من الهجرة . انظر : أسد الغابة (٣/ ٣٠٩) ، سير أعلام النبلاء (٤٦٧/٢) .

(٦) هو : عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى ، بن رياح بن عبد الله بن قرط القرشي أبو حفص ، الفاروق ، ولد بعد عام الفيل بثلاث عشر سنة ، روى عن: النبي ﷺ ، وروى عنه : علي ، وابن مسعود ، وغيرهم ، كان إليه السفارة في الجاهلية ، وكان عند المبعث شديد على المسلمين ثم أسلم فكان إسلامه فتحًا على المسلمين ، فهاجر إلى المدينة قبل رسول الله ﷺ ، وشهد المشاهد كلها ، قال عنه رسول الله ﷺ : « إن =

الناسَ عنه [1] . وإلى هذا القول ذهبت الشيعة [2] ، وخالفوا سيدنا عليًا [3] كرم الله وجهه وأكثر الصحابة .

والحجة على هؤلاء : ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال : « **كنتُ أَذِنْتُ لكم في الاستمتاع من النساء ، وقد حرم الله تعالى ذلك إلى يوم القيامة** » [4] .

وروي عن ابن عباس [5] أنه أمسك عن الفتوى بها ، فقال له سيدنا علي : إنك تائهٌ ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن متعة النساء [6] .

= الله وضع الحق على لسان عمر وقلبه » تولى الخلافة من بعد أبي بكر الصديق ومكث فيها عشر سنين ، فتح في خلافته فتوحات كثيرة ، واتسعت رقعة بلاد المسلمين ، استشهد على يد أبي لؤلؤة المجوسي سنة ثلاث وعشرين هجريًا ، ودفن بجانب رسول الله وأبي بكر الصديق . انظر: أسد الغابة (١٤٥/٤) ، الإصابة (٤/ ٢٧٩) ، سير أعلام النبلاء (٥٠٩/٢) .

(١) مسند أحمد (٣٥٦/٣ ، ٣٦٣) .

(٢) جاء في شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام لجعفر بن الحسن الهذلي الإمامي (٢٤٩/٢) : « وأما الأجل فهو شرط في عقد المتعة ، ولو لم يذكره انعقد دائمًا » .

(٣) هو : علي بن أبي طالب بن عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم أمير المؤمنين أبو الحسن القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله ﷺ ، ولد قبل البعثة بعشر سنين على الصحيح ، روى الكثير عن النبي ﷺ ، عرض عليه القرآن وأقرأه ، وروى عنه : أبو بكر ، وعمر ، والحسن ، والحسين ، وطائفة من الصحابة ، والتابعين ، كان ﷺ من السابقين الأولين ، شهد بدرًا ، وما بعدها من المشاهد ، قال له رسول الله ﷺ : « أنت مني كهارون من موسى ، غير أنك لست بنبي » تولى الخلافة من بعد سيدنا عثمان إلى أن قتل على يد ابن ملجم لعنه الله سنة أربعين من الهجرة . انظر: الإصابة (٢٦٩/٤) ، سير أعلام النبلاء (٦١٥/٢) .

(٤) صحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ ثم أبيح ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة / ١٤٠٦) .

(٥) هو : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ، حبر الأمة ، وفقيه العصر ، وإمام التفسير ، وابن عم رسول الله ﷺ . كان مولده بشعب بني هاشم قبل الهجرة بثلاث سنين. حدث عن: النبي ﷺ ، وعن عمر بن الخطاب ، وطائفة من الصحابة ، حدث عنه: ابنه علي ، وعكرمة ، وعروة بن الزبير ، وغيرهم كثير ، انتقل ابن عباس مع أبويه إلى دار الهجرة سنة الفتح وقد أسلم قبل ذلك ، وتوفي النبي ﷺ وهو ابن عشر سنين ، وكان ﷺ أبيضَ طويلًا مشربًا بصفرة ، جسيمًا ، صبيح الوجه ، دعا له النبي ﷺ بالحكمة فقال له : « اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل » قال عنه مجاهد : « ما رأيت أحدًا قط مثل ابن عباس لقد مات يوم مات وإنه لحبر هذه الأمة » ، مسنده ألف وستمائة وستون حديث ، وله من ذلك في الصحيحين خمسة وسبعون ، وتفرد البخاري له بمائة وعشرين حديثًا ، وتفرد مسلم بتسعة أحاديث . توفي ﷺ سنة ثمان أو سبع وستين . انظر : أسد الغابة (٢٩٠/٣) ، سير أعلام النبلاء (٤٣٩/٤) .

(٦) سنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : تحريم المتعة / ٣٣٦٥) .

١٢٠ - وقال بعضهم : ثلاثة أشياءٍ نُسِخَت مرتين : المتعة ، ولحوم الحُمُر الأهلية ، والتوجُّه إلى بيت المقدس .

١٢١ - ولا دليل لهم في الآية المتقدمة ، لأن الاستمتاع معناه التزوج ، والمهر يسمى أجرةً بدليل قوله تعالى : ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (١) . أي : مهورهن .

١٢٢ - **والجواب عن حديث جابر** : أن الذين كانوا يفعلون ذلك لم يبلغهم النسخ ، ثم بلغهم فتركوه ، وهو ظاهر من كلامه غير خفي .

١٢٣ - ومثل زواج المتعة : الزواج المؤقَّت بوقت ، كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتُكِ شهرًا أو سنةً . سواء قَصُر الوقتُ أو طال .

وقال زفر : هو صحيح لازم ، لأن التوقيت شرط مخالف لمقتضى عقد الزواج ، والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فيصح العقد ويبطل الشرط .

وغيره يقول : إن الزواج المؤقت في معنى زواج المتعة ؛ لأن معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد الزواج ، وهو موجود فيما نحن فيه ، لأنها لا تحصل في مدة قليلة ، والعبرة للمعاني دون الألفاظ .

ألا ترى أنه لو قال شخص لآخر : جعلتُكَ وكيلًا بعد موتي . يكون وصيًّا ، ولو قال : جعلتُكَ وصيًّا في حياتي ، يكون وكيلًا . والكفالة بشرط براءة الأصيل حَوَالة ، والحَوَالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة ، وما ذاك إلا لاعتبار المعني دون اللفظ . وإذا اعتُبِر المعني ، صار متعةً ، ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قَصُرت .

١٢٤ - وروى الحسن (٢) عن ....

---

(١) النساء : ٢٥ .

(٢) هو : الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي ، صاحب الإمام أبي حنيفة . قال يحيى بن آدم : ما رأيتُ أفقهَ من الحسن بن زياد . ولي القضاء بالكوفة ثم استعفَي عنه . وكان محبًّا للسنة واتباعها ، حتى لقد كان يكسو مماليكه كما كان يكسو نفسه اتباعًا لقول رسول اللَّه ﷺ : « ألبسوهم مما تلبسون » . وكان يختلف إلى زُفَر وأبي يوسف في الفقه . قال علي بن صالح : كنا عند أبي يوسف ، فأقبل الحسن بن زياد ، فقال أبو يوسف : بادروه فاسألوه ، وإلا لم تَقْوَوْا عليه . فأقبل الحسن بن زياد فقال : السلام عليكم يا أبا يوسف ، ما تقول . متصلًا بالسلام . قال : فلقد رأيتُ أبا يوسف يلوي وجهه إلى هذا الجانب مرة وإلى هذا الجانب مرة من كثرة إدخالات الحسن عليه ورجوعه من جواب إلى جواب . قال محمد بن سَمَاعة : سمعت الحسن بن زياد يقول : كتبتُ عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث كلها يحتاج إليها الفقهاء . قال السَّمْعاني : كان عالمًا =

.... أبي حنيفة [1] : إن المدة التي عُيِّنَتْ في العقد ، إن كان الزوجان لا يعيشان إليها في الغالب كمائة سنة مثلًا ؛ صح العقد ، لأنه في معنى المؤبد . وهو حسن .

١٢٥ - **وجه الأول** : أن التأقيت معين لجهة المتعة ، فإن قوله : تزوجتُكِ للنكاح . ومقتضاه التأبيد ؛ لأنه لم يوضع شرعًا إلا لذلك ، ولكنه يحتمل المتعة . فإذا قال : إلى عشرة أيام . عَيَّنَ التوقيتُ جهةَ كونه متعةً معنًى ، وفي هذا المعنى المدةُ القليلةُ والكثيرةُ سواءٌ .

١٢٦ - **ويرد على هذا** : اشتراط الطلاق بعد شهر مثلًا وقت العقد ، فإن العقد صحيح والشرط باطل ، ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه .

١٢٧ - **وأجيب** . بأن الفرق بينهما ظاهر ؛ لأن الطلاق قاطع للنكاح ، فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدًا ، ولهذا لو مضى الشهر لم يَبْطُل النكاح ، فكان النكاح صحيحًا ، والشرط باطلًا .

١٢٨ - **وأما صورة النزاع** : فالشرط إنما هو في النكاح ، لا في قاطعه. ولهذا لو صح التوقيت ، لم يكن بينهما بعد مضى المدة عقد كما في الإجارة.

١٢٩ - **والفرق بين زواج المتعة والزواج المؤقت** : أن المؤقت يكون بلفظ التزويج ، وفي المتعة بلفظ : أتمتع أو أستمتع . وقال صاحب الفتح : الذي يظهر مع ذلك عدمُ اشتراط الشهودِ في المتعة وتعيينِ المدة ، وفي المؤقت الشهودُ وتعيينُها [2] .

= بروايات أبي حنيفة ، حسنَ الخُلُق . وقال شمس الأئمة السَّرَخْسِي : الحسن بن زياد المقدَّم في السؤال والتفريع . توفي سنة (٢٠٤ هـ) . انظر لترجمته : الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٥٦ ، ٥٧) ، وتاريخ بغداد (٧/٣١٤ - ٣١٧) ، وطبقات الفقهاء للشيرازي (ص ١٤٦) ، والكامل (٦/٣٥٩) وغيرها .

(١) هو النعمان بن ثابت الكوفي ، التيمي بالولاء ، أبو حنيفة ، الفقيه المجتهد ، مؤسس المذهب الحنفي ، وكان من أصل أفغاني من أبناء فارس ، وولد سنة (٨٠ هـ) ، نقل إلى الكوفة ونشأ بها ، وتفقه على حماد ابن سليمان ، ومن أثاره : الفقه الأكبر في الكلام ، والمتعلم في العقائد ، والرد على القدرية ، وغيرهم ، وتوفي ببغداد سنة (١٥٠هـ) ، ودفن بمقابر الخيرزان. انظر: الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية (١/٤٩) ، معجم المؤلفين (٤/٣٢) .

(٢) فتح القدير (٣/٢٤٦) .

(مادة ١٥)

نِكَاحُ الشِّغَارِ وَهُوَ : أَنْ يُجْعَلَ بُضْعُ كُلٍّ مِنَ الْمَرْأَتَيْنِ مَهْرًا لِلْأُخْرَى . يَنْعَقِدُ صَحِيحًا ، وَيَجِبُ بِالْعَقْدِ مَهْرُ الْمِثْلِ لِكُلٍّ مِنْهُمَا .

١٣٠ - **وزواج الشغار صحيح ؛ وهو** : أن يزوج رجل مُوَلِّيَتَهُ على أن يزوجه الآخرُ مُوَلِّيَتَهُ ، ليكون بُضْعُ [١] كلٍّ من المرأتين مهرًا للأخرى ، سواء كانت المُوَلِّيَةُ بنتًا أو أختًا أو غيرهما .

١٣١ - **وصورته** : أن يقول رجل لآخر : زوجتُكَ بنتي على أن تزوجني بنتكَ ، ليكون بُضْع كلٍّ منهما مهرًا للأخرى . فإن قَبِلَ الثاني على هذا الشرط ؛ كان هذا زواجَ الشغار . وهو صحيح ، ولكن يجب لكلٍّ من البنتين مهر مثلها على زوجها ؛ لأنهما سَمَّيَا ما لا تصلح تسميتُه مهرًا ؛ إذ المسمى ليس بمال ، فوجب مهر المثل .

١٣٢ - **وقال الشافعي** رحمه الله **والإمام أحمد** : يفسد الزواج بهذا الشرط ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا شغار في الإسلام** » [٢] . والنهى يقتضي فسادَ المنهيِّ عنه .

١٣٣ - واستدلت الحنفية بأن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا شرط فيه ، فلا يُفْسِده ، بل يَفْسُد الشرطُ . ألا ترى أنه لا يَفْسُد بتسمية ما ليس بمال ولا بترك التسمية بالكلية ؟ [٣] ، والنهى الوارد فيه إنما كان من أجل إخلائه عن تسمية المهر واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شيء آخر من المال على ما كانت عليه عادتهم في الجاهلية . ونحن لا نُخْلِيهِ من المهر ، بل نُوجب مهر المثل ؛ فكان صحيحًا .

١٣٤ - فإن لم يقولوا في العقد : إن بُضْع كل واحدة مهرٌ للأخرى ، ولا معناه . بل قال : زوجتكَ بنتي على أن تزوجني بنتكَ . ولم يَزِدْ عليه ، فقبل ، جاز الزواج اتفاقًا ، ولا يكون شغارًا [٤] . ولو زاد قوله : على أن يكون بُضْع بنتي صداقًا لبنتكَ . فلم يقبل

---

(١) البضع : فرج المرأة ، والنكاح ، والجماع . انظر : لسان العرب ، وطلبة الطلبة ، والمغرب مادة (بضع) .

(٢) صحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : تحريم نكاح الشغار وبطلانه / ١٤١٥) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في النهي عن نكاح الشغار / ١١٢٣) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : الشغار / ٣٣٣٥) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : النهي عن الشغار / ١٨٨٥) .

(٣) هذه المسألة مختلف فيها كما سبق أن أشرنا .

(٤) بل هذا شغار عند المالكية والحنابلة .

الآخر ، بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقًا ؛ كان الزواج الثاني صحيحًا اتفاقًا ، والأول على الخلاف .

١٣٥ - **وأصل الشُّغُور** : الخُلُوّ . يقال : بلدة شاغرة ، إذا خلت عن السلطان . والمراد هنا : الخلو عن المهر ؛ لأنهما بهذا الشرط كأنهما أخليا البُضْعَ عنه (١) .

(مادة ١٦)

لاَ يَثْبُتُ في النِّكَاحِ خِيَارُ رُؤْيَةٍ ، وَلاَ خِيَارُ شَرْطٍ ، وَلاَ خِيَارُ عَيْبٍ ، سَوَاءٌ جُعِلَ الخِيَارُ لِلزَّوْجِ أَوْ لِلزَّوْجَةِ . فَإِذَا اشْتَرَطَ الزَّوْجُ في الْعَقْدِ شِفَاهًا أَوْ بِالْكِتَابَةِ بِهِ جَمَالَ الْمَرْأَةِ أَوْ بَكَارَتَهَا أَوْ سَلاَمَتَهَا مِنَ الْعُيُوبِ ، أَوْ اشْتَرَطَتْ الْمَرْأَةُ سَلاَمَتَهُ مِنَ الأَمْرَاضِ وَالْعَاهَاتِ ؛ فَالعَقْدُ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ، حَتَّى إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، بِخِلاَفِ مَا اشْتَرَطَ ؛ فَلَيْسَ لَهُ الخِيَارُ في فَسْخِ النِّكَاحِ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الخِيَارُ بِشُرُوطِهِ لِلْمَرْأَةِ إِذَا وَجَدَتْ زَوْجَهَا عَنِينًا أَوْ نَحْوَهُ (٢) .

* * *

(١) اختُلف في المعنى اللغوي لكلمة « الشغار » : هل هو من الخلو أو الرفع ، على النحو التالي :

الأول : الشغار : الخلو . من قولهم : شَغَر البلدُ ، من باب قعد - أي : خلا عن الأنيس . سمي به لخلوه عن الصداق .

الثاني : الشغار : الرفع . من قولهم : شَغَر الكلبُ ، من باب صَنَع ، ، أي : رفع رجله ليبول ، وخلا مكان رجله عنها . فكأن كل واحد من الرجلين يقول للآخر : لا ترفع رجل بنتي حتى أرفع رجل بنتكَ . والأصح الأول .

انظر : المصباح المنير ، وطلبة الطلبة مادة (شغر) ، والمغني لابن قدامة (١٣٤/٧) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (٢١٩/٣) .

(٢) هذه المسألة مختلف فيها :

قول الحنفية : جاء في فتح القدير (٣٣٨/٣) : « (وإذا زوج الرجل بنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضًا عن الآخر ، فالعقدان جائزان ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها) ... سمى ما لا يصلح صداقًا ؛ فيصح العقد ، ويجب مهر المثل ، كما إذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق » . وانظر : المبسوط (١٠٥/٥) ، وبدائع الصنائع (٢٧٨/٢) ، وتبيين الحقائق (١٤٥/٢) ، والعناية (٣٣٨/٣) ، والجوهرة النيرة (١٦/٢) ، والفتاوى الهندية (٣٠٣/١) .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٢١٩/٣ ، ٢٢٠) : « (ولا) يصح (نكاح الشغار) للنهي عنه في حديث الصحيحين (وهو زوجتكها) أي بنتي (على أن تزوجني بنتك وبُضْع كل واحدة) منهما (صداق الأخرى . فيقبل) ذلك كأن يقول : تزوجتُ بنتكَ ، وزوجتُكَ بنتي . على ما ذكرت . والمعنى في البطلان : التشريك في البُضْع ؛ حيث جُعِل مورد النكاح وصداق الأخرى . وقيل : التعليق . وقيل : الخلو عن المهر . (فإن لم يجعل البُضْع صداقًا) بأن سكت عن ذلك ، (فالأصح الصحة) في النكاحين ؛ لانتفاء =

١٣٦ - وبعض العقود يثبت فيه خيار الرؤية وخيار الشرط وخيار العيب مثل البيع ، فإذا اشترى شخص من آخر شيئًا وُصِفَ له ولم يكن رآه قبل الشراء ؛ فعند رؤيته له يُخَيَّر بين إمضاء عقد البيع وفسخه . وإذا اشترى شيئًا وجعل لنفسه الخيارَ مدة ثلاثة أيام ؛ صَحَّ العقد والشرط ، وهو في المدة التي عَيَّنَها مُخَيَّر بين إمضاء البيع وفسخه . وإذا اشترى شيئًا ووجد به عيبًا ، لم يكن عالمًا به قبل الشراء ولم تحصل البراءة منه ؛ فله رَدُّه على البائع وأَخْذُ ما دفعه من الثمن .

١٣٧ - وكلٌّ من خيار الرؤية والعيب يثبت ، وإن لم يُشْتَرَط في العقد ؛ لأن السبب في ثبوتهما : الرؤية والعيب ، فمتى وُجِد السبب وُجِد المسبب ، بخلاف خيار الشرط ، فإنه لا يثبت إلا باشتراطه في العقد ؛ إذ لا يَتَأَتَّى وجود المسبب الذي هو الخيار إلا إذا وجد السبب وهو الشرط .

= التشريك المذكور . ولكل واحدة مهر المثل . والثاني : بطلانهما لوجود التعليق . (ولو سَمَّيَا مالًا مع جعل البُضْع صداقًا) كأن قيل : وبُضْع كل واحدة ، وألف صداق الأخرى (بطل) نكاح كل منهما (في الأصح) ، لوجود التشريك المذكور . والثاني : يصح ؛ لأنه لم يَخْلُ عن المهر » . وانظر : الأم (٨٢/٥ ، ٨٣، ١٨٦ ، ١٨٧) ، والغرر البهية (١٨٧/٤) ، ومغني المحتاج (٢٣٢/٤) .

قول المالكية : جاء في حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٥٢/٢) : « (ولا يجوز نكاح الشغار)... وهو ثلاثة أقسام : صريح الشغار ، ووجه الشغار ، ومركب منهما ... [الأول] (وهو البضع بالبضع) أي الفرج بالفرج ... والشغار : أن يزوج الرجل ابنته لرجل على أن يزوجه الآخر ابنته ، وليس بينهما صداق ... والثاني : أن يسمي لكل واحدة صداقًا مثل أن يقول : زوجني ابنتكَ بخمسين على أن أزوجكَ ابنتي بخمسين . والثالث : أن يسمي لواحدة دون أخرى ، مثل أن يقول : زوجني ابنتك بخمسين على أن أزوجكَ ابنتي بغير شيء . وحكم الأول أنه يُفسخ بطلاقٍ على المشهور قبل الدخول وبعده ، وإن ولدت الأولاد ، وللمدخول بها صداق المثل ، ولا شيء لغير المدخول بها . وحكم الثاني : أن يُفسخ قبل البناء لا بعده على المشهور ، ولكل واحدة منهما الأكثر من مهر المثل والمسمى على المشهور . وحكم الثالث : أنهما يُفسخان قبل البناء ، ويثبت نكاح المسمى لها بعد البناء . واختُلف هل لها صداق المثل أو الأكثر تأويلان على المدونة. ويفسخ نكاح التي لم يسم لها ، وليس لها إلا صداق المثل » . وانظر : المنتقى شرح الموطإ (٣٠٩/٣) ، والتاج والإكليل (١٩٣/٥ ، ١٩٤) ، ومواهب الجليل (٤٤٧/٣) ، وشرح ميارة (١٧٣/١) .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٣٤/٧ ، ١٣٥) : « (وإذا زوجه وَلِيَّتَهُ على أن يزوجه الآخر وَلِيَّتَهُ ، فلا نكاح بينهما ، وإن سموا مع ذلك صداقًا أيضًا) هذا النكاح يسمى الشغار ... ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد ... لأنه جعل كل واحد من العقدين سلفًا في الآخر ، فلم يصح ، كما لو قال : بِعْني ثوبَكَ على أن أبيعك ثوبي ، فلا فرق بين أن يقول : على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى . أو لم يقل ذلك » . وانظر: الفروع (٢١٥/٥) ، والإنصاف (١٥٩/٨ ، ١٦٠) .

١٣٨ - وبعض العقود لا تثبت فيه هذه الخيارات ، ومنها عقد الزواج ؛ فإذا تزوج رجل امرأة ولم يَرَ أحدهما صاحبه قبل التزوُّج ؛ فليس لواحد منهما فسخ العقد مدعيًا أن له خيار الرؤية ؛ لأن الشارع أباح لكلٍّ منهما نظرَ صاحبِهِ قبل العقد كما عرفتَهُ في شرح مادة (٣) . فإذا لم يَحْصُل ؛ كان التقصير من جهة كلٍّ منهما ، فلا يثبت له الخيار . ولأنه يترتب على الفسخ ضرر لكلٍّ منهما .

١٣٩ - وإذا تزوج بها واشترط أحدهما الخيار لنفسه في مدة ثلاثة أيام ؛ صح العقد وبطل الشرط ؛ فليس للمشروطِ له الخيارُ أن يفسخ العقد في المدة ؛ لأن فائدة هذا الشرط أن الإنسان يختار ما هو الصالح له من الأمرين ويُمْضِيه ، فكان عليه أن يبحث قبل إقدامه على العقد ؛ لأن الفسخ هنا يترتب عليه ضرر بخلاف البيع .

١٤٠ - وإذا تزوجها واشترط الزوج في العقد شِفَاهًا أو بالكتابة جمالَ المرأةِ أو بكارتَها أو سلامتَها من العيوب ، أو اشترطت المرأة سلامتَهُ من الأمراض والعاهات ؛ فالعقد صحيح والشرط فاسد ، حتى إذا وجد أحدُهما صاحبه على خلاف ما اشترط ، فليس له الخيار في فسخ الزواج .

١٤١ - وإنما يثبت الخيار للمرأة ، إذا وجدت زوجها مَجْبُوبًا أو خَصِيًّا أو عَنِينًا .

فالمَجْبُوبُ : هو مقطوع الأعضاء المعلومة . **والخَصِيُّ** : منزوع الخُصْيتين ، لا العضو المعلوم . **والعَنِين** : هو مَنْ لا يمكنه أن يَصِلَ إلى النساء عَجْزًا ، أو لا يريدهن .

فمتى وجدت المرأة زوجها متصفًا بإحدى هذه الصفات ، ثبت لها الخيار في فسخ النكاح ، فإن شاءت أقامت معه ، وإن شاءت رفعت الأمر للقاضي ليفرق بينهما كما سيأتي بيانه في مادة (٢٩٨) .

١٤٢ - وقال محمد [١] : لا يخير الزوج بعيبٍ في الزوجة أصلًا ، وتخير هي إذا وجدت زوجها معيبًا بواحدٍ من ثلاث ، وهي : الجُنُون ، والجُذَام ، والبَرَص ؛ إذ لا تُطِيق المقام معه ، فيتعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنًى فيه ، فكان كالجَبِّ والعُنَّة .

(١) هو : أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء الحنفي ، فقيه مجتهد محدث ، أصله من حرستا بغوطة دمشق ، وولد سنة (١٣٥هـ) ، وفي رواية (١٣٢هـ) ، بواسط ، ونشأ بالكوفة فطلب الحديث وجالس أبا حنيفة سنين ، تفقه على أبي يوسف وقدم بغداد ونزلها ، وسمع منه الحديث ، وأخذ عنه الرواية فولاه الرشيد القضاء بها ثم عزله ، من تصانيفه: الجامع الكبير والصغير ، وكلاهما في فروع الفقه الحنفي ، وكتاب الحجة على أهل المدينة ، وكتاب الآثار ، توفي سنة (١٨٩هـ) . انظر: الجواهر المضيئة (٣/ ١٢٢) ، معجم المؤلفين (٢٢٩/٣) .

بخلاف ما إذا كان بها عيب ؛ لأن الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ، ويمكنه أن يستمتع بغيرها. وهذا حسن .

١٤٣ - **وغيره يقول** : إن المستحَق بالعقد هو الوطء ، وهذه العيوب لا تُفَوِّتُه ، بل توجب فيه خَلَلًا ، فلا يثبت الرد .

١٤٤ - **والجُذَام** : هو داء يَشُقُّ الجلد ويقطع اللحم ، فيتساقط منه . والفعل : جُذِم على ما لم يُسَمَّ فاعله ، بمعنى : أصابه الجُذَام . وهو مجذوم ، ويقال : أجذم . **والبَرَص** : هو بياض شديد مُبَقِّع . **وجُنَّ الرجلُ** ، على ما لم يُسَمَّ فاعله ، فهو مجنون ، وأجنه اللّه تعالى فهو مجنون . ولا يقال : مُجَّنَ ، ولا جَنَّهُ اللّه تعالى ، وإنما يقال : أجنه اللّه تعالى فهو مجنون .

١٤٥ - **وقال الشافعي رضى اللّه تعالى عنه** : يثبت الخيار لكل من الزوجين إذا اتصف صاحبه بالجنون أو الجُذَام أو البَرَص ، سواء كانت هذه العيوب موجودة قبل العقد أو وجدت بعده ، وهذا الخيار ثابت لكلٍّ منهما ، وإن كان هو معيبًا بالعيب الذي قام بصاحبه ؛ لأن الإنسان يَعَافُ من غيره ما لا يَعَافه من نفسه ، ولأن هذه الأشياء تُعَاف طَبَعًا . وأُيِّد بالشرع فقال عليه الصلاة والسلام : « **فِرَّ من المجذوم فِرَارك من الأسد** » [1] . وقِيس عليه غيره بجامع النُّفْرة في كلٍّ .

١٤٦ - **ويثبت الخيار لوليها** : بكلٍّ من العيوب المتقدمة ، إن قارن العيب العقد ، وإن رضيت هي ؛ لأنه يُعَيَّر بذلك . بخلاف ما إذا وجدت بعد العقد ؛ فإنه لا يعير به .

١٤٧ - **ويثبت الخيار للزوج** : إذا وجد بزوجته رَتْقًا أو قَرْنًا ، وهما عبارة عن وجود لحم أو عظم في المحل المعلوم .

١٤٨ - **ويثبت الخيار للزوجة** : إذا وجدت زوجها مجبوبًا أو عنينًا قبل وطءٍ .

١٤٩ - **فالعيوب ثلاثة أقسام** : قسم مشتَرَك ، وهو : الجنون ، والجُذَام ، والبرص . وقسم خاصٌّ بالنساء ، وهو : الرَّتْق والقَرْن . وقسم خاصٌّ بالرجال ، وهو : الجَبُّ والعُنَّة . ولا خيار لهما بغير ذلك ، كخُنُوثَة ، واستحاضة ، وقروح سَيَّالة .

وكل هذا عند عدم الشرط ؛ فلو شُرِط في أحدهما وَصْف لا يمنع صحة الزواج ، سواء كان هذا الشرط كمالًا كالجمال والبَكَارة والحرية ، أو نقصًا كضدها ، أو لا كمالًا ولا نقصًا كالبياض والسُّمْرة ، فإن وُجِد المشروط فبها ، وإن لم يوجد فالعقد صحيح .

---

(١) مسند أحمد (٤٤٣/٢) .

١٥٠ - ويثبت الخيار لمن شَرَط من الزوجين إن ظهر الموصوف أقلَّ مما شَرَط ، فإن ظهر مثله أو فوقه فلا خيار .

١٥١ - وكذا لا يثبت الخيار لكل من الزوجين إن ظَنَّ أن صاحبه متصف بوصف ، فبان خلافُهُ ، كأن ظَنَّتْهُ عدلًا كُفْأً ، فظهر فِسْقه ، أو دناءة نسبه ، أو حرفته ، أو ظنها مسلمة أو حرة فتبين أنها كتابية أو رقيقة ؛ لأن كلًّا منهما مقصر بترك البحث أو الشرط .

١٥٢ - **وقال الإمام مالك** رحمه الله **تعالى** : يثبت الخيار لكل من الزوجين إذا كان صاحبه معيبًا بشرط ألا يسبق له علم بالعيب قبل العقد ، ولم يَرْضَ بالعيب حال اطلاعه عليه . والظاهر أن هذا ليس خاصًا بمذهب الإمام مالك ، بل يقول به كلٌّ من يُثْبِت الخيارَ بالعيوب . فإن علم بالعيب قبل العقد ؛ فلا خيار له . وكذا إن رَضِي بالعيب حال اطلاعه عليه ، سواء كان رضاه صريحًا ، أو ضِمْنًا بأن تلذذ بصاحبه بعد اطلاعه على العيب ؛ فلا خيار له.

وهذا الخيار ثابت لكل منهما ، ولو كان هو معيبًا بنفس العيب الذي عند صاحبه ، لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه .

١٥٣ - **وبعضهم ، وهو اللخمي ، يقول** : إن كان معيبًا بغير عيب صاحبه ؛ فله الخيار ، وإن تماثلا في العيب ؛ ثبت الخيار له لا لها ؛ لأنه بَذَل الصداق لسالمةٍ فوجدها ممن يكون صداقُها أقلَّ . وظاهر كلامهم ترجيح الأول .

وقسم العيوب إلى ثلاثة أقسام : قسم مشتَرَك بين الرجال والنساء ، وهو أربعة : الجنون وإن وقع مرة في الشهر ، والجُذَام ، والبَرَص ، والعَذْيَطَة (١) .

وقسم يختص بالرجال ، وهو أربعة : الخِصَاء ، والجَبُّ والعُنَّة ، والاعتراض .

وقسم يختص بالنساء ، وهو خمسة : الرَّتَق ، والقَرَن ، والعفل (٢) ، والإفضاء (٣) ، والبَخَر (٤) .

١٥٤ - **ومحل ثبوت الخيار لكل من الزوجين بالعيوب المتقدمة** ، إن كانت موجودة وقت العقد ولم يعلم بها كما تقدم . فإن حدثت بعد العقد ؛ فإما أن تكون بالزوجة ،

---

(١) العذيطة : حدوث الغائط عند الجماع . انظر : شرح ميارة (١/١٩٩) .

(٢) العفل : لحم ينبت في قُبُل المرأة ، وهو القَرَن . ولا يكون في الأبكار ، ولا يصيب المرأة إلا بعد ما تلد . وقيل : هو ورم يكون بين مسلكي المرأة ، فيضيق فرجها حتى يمتنع الإيلاج . انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية مادة (عفل) .

(٣) الإفضاء : جماع الرجل زوجته فيصير مسلكي البول والغائط عندها واحدًا ، وذلك بزوال الغشاء الحاجز بينهما . انظر : المغرب مادة (فضى) .

(٤) البخر : إنتان الفم . والنعت منه : أبخر ، من حد عَلِم . انظر : طلبة الطلبة مادة (بخر / كتاب البيع) .

أو بالزوج ، فإن كانت بالزوج : فلها رَدُّه ببَرَصٍ وجُذَام وجنون ، لشدة التأذي بها وعدم الصبر عليها ، وليست العصمة بيدها حتى تفارقه . وإن كانت بالزوجة : فليس له رَدُّها ؛ لأن العصمة بيده ، فإما أن يُطَلِّق ، أو يرضى .

١٥٥ - ولا يثبت الخيار لكل من الزوجين في غير هذه العيوب ، كالعمى ، والعَوَر والعَرَج ، مما يُعَدُّ في العرف عيبًا .

وكل هذا عند عدم الشرط ، فإن وُجِد ؛ اتبعَ وله الرد أو لها بكل عيب اشترطت البراءة منه . وإذا وَصَفها وَلِيُّها عند الخِطْبة بقوله : هي سليمة العينين ، طويلة الشعر ، لا عيب بها . فوُجِدت بخلافة ؛ فله الرد ؛ لأن وَصَفه لها مُنَزَّل منزلة الشرط ، وكذا وصف غيره كأمها بحضوره وهو ساكت .

١٥٦ - ولا يثبت الخيار لكل منهما بخُلْف الظن ، فإذا ظن أحدهما صاحبه متصفًا بوصف مخصوص وتبين خُلُوُّه منه ، فليس له رَدُّهُ ، لأن التقصير حاصل من جهته بترك البحث أو الشرط .

١٥٧ - **وقال الإمام أحمد بن حنبل** : يثبت الخيار لكل من الزوجين بالعيب في صاحبه . **وقسم العيوب إلى ثلاثة أقسام أيضًا** :

فالمختص بالرجل : الجَبُّ ، والخِصَاء ، والشلل ، والعُنَّة ؛ ففي الأولين لها طلب الفسخ ، ومتى ثبت ذلك يجاب للحال ، لأنه لا فائدة في التأجيل ، وفي الآخرين يؤجل سنة هلالية ، فإن حصل المقصود فبها [١] ، وإلا يَفْسَخُ القاضي بالطلب .

والمختص بالأنثى : انسداد المحل بأي شيء كان ، أو بَخَره ، أو تقرُّحه بقروح سَيَّالة ، أو كانت مفضاة ، أو مستحاضة في الأصح .

والمشترك بينهما : الجنون ولو أحيانًا ، والجُذَام ، والبَرَص ، وبَخَر الفم ، والباسور [٢] ، والناسور [٣] ، واستطلاق البول والغائط [٤] . فيفسخ بكل عيب تقدم ، سواء كان مختصًا أو مشتركًا .

---

(١) في الأصل : [فيها] .

(٢) الباسور - بالسين والصاد - : واحد البواسير ، وهي كالدماميل في المَقْعَدة . انظر : المغرب مادة (بسر) .

(٣) الناسور ، بالسين والصاد - : علة تحدث في البدن من المقعدة وغيرها بمادة خبيثة ضيقة الفم ، يعسر بُرْؤُها . وتقول الأطباء كل قرحة تزمن في البدن فهي : ناسور . انظر : المصباح المنير مادة (نسر ، نصر) .

(٤) استطلاق البول والغائط : عدم القدرة على إمساكهما . انظر : الإنصاف في مسائل الخلاف للمرداوي الحنبلي (١٩٦/٨) .

١٥٨ - ولا يثبت الخيار بغير ما ذكر من العيوب ، كالعَرَج ، والعَوَر ، والعَمَى ، والخَرَس ، والطَرَش ، والقَرَع ، إذا لم تكن له رائحة ؛ لأن ذلك كله لا يمنع الاستمتاع ، ولا يُخْشَى تعديه ، بخلاف العيوب المتقدمة .

١٥٩ - **ومحل ثبوت الخيار لكلٍّ من الزوجين بالعيوب المتقدمة** ، إذا لم يعلم به وقت العقد ، ولم يَزَلْ بعده ، ولم يَرْضَ به حال اطلاعه عليه . فإن علم به وقت العقد ، أو زال العيب بعده ؛ فلا خيار . وكذا لو رَضِي به حال اطلاعه عليه ، سواء كان رضاه صريحًا كقول من له الخيار : أسقطتُ الفسخَ . أو دلالةً كالوطء بعد العلم إن كان الخيار له ، وتمكينها منه إن كان الخيار لها ؛ لأن كلًّا منهما يدل على الرغبة في صاحبه . وما ذهب إليه غير الحنفية في باب الرد بالعيوب هو الأوجه [1] .

(مادة ١٧)

مَتَى انْعَقَدَ النِّكَاحُ صَحِيحًا ، ثَبَتَتِ الزَّوْجِيَّةُ ، وَلَزِمَ الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ أَحْكَامُهُ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ ، وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِالْمَرْأَةِ .

فَيَجِبُ عَلَيْهِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ : مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا ، وَتَلْزَمُهُ نَفَقَتُهَا بِأَنْوَاعِهَا مَا لَمْ تَكُنْ نَاشِزَةً أَوْ صَغِيرَةً لاَ تُطِيقُ الْوَطْءَ وَلاَ يَسْتَأْنِسُ بِهَا فِي بَيْتِهِ ، وَيَحِلُّ اسْتِمْتَاعُ كُلٍّ مِنْهُمَا بِالآخَرِ ، وَيَثْبُتُ لَهُ وِلاَيَةُ التَّأْدِيبِ عَلَيْهَا .

وَتَجِبُ عَلَيْهَا : طَاعَتُهُ فِيمَا كَانَ مُبَاحًا شَرْعًا ، وَتَتَقَيَّدُ بِمُلاَزَمَةِ بَيْتِهِ ، وَلاَ تَخْرُجُ بِغَيْرِ حَقٍّ شَرْعِيٍّ إِلاَّ بِإِذْنِهِ ، وَلاَ تَمْنَعُهُ مِنَ الاسْتِمْتَاعِ بِهَا بِلاَ عُذْرٍ شَرْعِيٍّ بَعْدَ إِيفَائِهَا مُعَجَّلَ مَهْرِهَا .

وَتَثْبُتُ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ ، وَيَثْبُتُ الإِرْثُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ [2] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة ٤٩ : الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين ، ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل السابع :

أحكام الزواج

لزوم المهر والنفقة والميراث

المادة ٣٥ : إذا وقع العقد صحيحًا ؛ لزم به للزوجة على الزوج المهر والنفقة ، ويثبت بينهما حق التوارث .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٣/١) : « ولا يثبت في النكاح خيار الرؤية والعيب والشرط ، =

١٦٠ - **وأما أحكامه** : فهي المترتبة عليه عند حصوله ؛ إذ حكم كل عقد هو ما يترتب عليه. فمتى انعقد الزواج مستوفيًا كل الشرائط المتقدمة ، ترتبت عليه الأحكام التي تناسبه ، وحينئذ تثبت الزوجية بين الرجل والمرأة ، ويلزم كلًّا منهما أحكامه ، سواء زفت إليه الزوجة أو لم تزف ، فيترتب عليه المهر بالعقد ، ولو كان مجردًا عن الزفاف .

فإن سميا وقت العقد ، وكانت التسمية صحيحة ؛ فهو الواجب . وإن لم يسميا ، أو سميا ما لا تصلح تسميته مهرًا ؛ فالواجب عليه مهر المثل .

١٦١ - **وتلزمه نفقتها بأنواعها الثلاثة** ، وهي : الكسوة ، والسكنى ، والأكل على حسب حال الزوجين ، إلا إذا كانت ناشزة ، أي : خارجة عن طاعته بغير حق ، أو كانت صغيرة بحيث تكون غير صالحة للوطء ، ولا للاستئناس بها في بيته فلا تلزمه النفقة .

= سواء جُعِل الخيار للزوج أو المرأة أو لهما ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر ، حتى أنه إذا فعل ذلك ؛ فالنكاح جائز والشرط باطل ، إلا إذا كان العيب هو الجَبُّ والخِصَاء والعُنَّة ؛ فإن المرأة بالخيار ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . فإذا شرط أحدهما لصاحبه السلامة عن العمى والشلل والزَّمَانة ، أو شَرَط صفة الجمال ، أو شَرَط الزوج عليها صفة البكارة ، فوَجَد بخلاف ذلك ؛ لا يثبت له الخيار . رجل تزوج امرأة على أنه مدني فإذا هو قروي ، يجوز النكاح إن كان كفئًا ولا خيار لها . وتزوج امرأة على أن أباه بالخيار ؛ صح النكاح ولا خيار » . وانظر : المبسوط (٩٤/٥ ، ٩٥) ، وبدائع الصنائع (٣٢٧/٢) ، وفتح القدير (٢٥٠/٣) .

قول الشافعية : جاء في المجموع (٥٧٩/١١) : « الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار في النكاح على الأصح : أن النكاح بعيد عن قبول الخيار ، ولهذا لم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط » . وجاء في أسنى المطالب شرح روض الطالب (١٧٧/٣) : « (خيار عيب النكاح) يثبت (على الفور) كخيار عيب البيع ، ولا ينافيه ضرب المدة في العُنَّة ، لأنها حينئذ تتحقق » . وانظر : تحفة المحتاج (٣٤٩/٧ ، ٣٥٠) .

قول المالكية : جاء في أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٩٣/٢ ، ٩٤) : « يثبت الخيار من أحد الزوجين بظهور عيب قبل العقد ، أو بعده قبل الدخول . فإن طرأ بعد العقد لها الخيار دونه ، وإن دخل ولم يعلم فله ردها » . وانظر : الفروق (١٢٠/١) .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦٢/٧) : « ولا يثبت في النكاح خيار ، وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط . ولا نعلم أحدًا خالف في هذا ، وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه ، فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد تَرَوٍّ وفكر ومسألة كلٍّ واحدٍ من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله » . وجاء فيه أيضًا (١٤٣/٧) : « وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول أو الاستمتاع من الزوج ، أو التمكين من المرأة . هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله : فإن علمت أنه عنين ، فسكتت عن المطالبة ، ثم طالبت بعد ، فلها ذلك . ولنا : أنه خيار لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخي ، كخيار القصاص » . انظر : الإنصاف (٢٠٠/٨) .

١٦٢ - **ويترتب عليه أيضًا** : حل استمتاع كل منهما بالآخر بعد أن لم يكن جائزًا قبل العقد ، وتثبت له ولاية التأديب عليها .

١٦٣ - **وتجب عليها** : طاعته فيما هو مباح شرعًا . فإن أمرها بما ليس كذلك كشرب الخمر أو ترك الصلاة أو الصوم مثلًا ؛ فلا تجب عليها الطاعة ، بل الواجب مخالفته فيما ذكر .

١٦٤ - **وتتقيد بملازمة بيته** ، فلا تخرج بغير حق شرعي إلا بإذنه ، ولها الخروج بحق شرعي ولو أبى ، كالخروج لزيارة أبويها في كل أسبوع مرة ، وباقي المحارم في كل سنة مرة .

١٦٥ - **ولا تمنعه من الاستمتاع بها بلا عذر شرعي** ، فمعه يجب عليها المنع ، كما إذا كانت حائضًا أو نفساء ، وكذا إذا لم يوفها معجل مهرها ، فلها منعه من ذلك ؛ لأنه إذا لم يقم بحقوقها ، فلها منه من حقوقه .

١٦٦ - **ويترتب عليه أيضًا** : ثبوت حرمة المصاهرة ، وهي : حرمة الزوجة على أصول الزوج وفروعه ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وحرمة أصول الزوجة على الزوج ، دخل أو لم يدخل ، وحرمة فروعها عليه إن دخل بها .

١٦٧ - **ويترتب عليه أيضًا** : ثبوت الإرث من الجانبين ، فإذا مات الرجل بعد العقد على المرأة ، أو ماتت هي ولو قبل الدخول ، ورث الحي منهما المتوفي [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٤٨) : ١ - كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد .

٢ - زواج المسلمة بغير المسلم باطل.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الزواج الفاسد : المادة (٣٤) : يكون الزواج فاسدًا في الحالات التالية :

إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد .

إذا كان عقد الزواج بلا شهود .

إذا عقد الزواج بالإكراه .

إذا كان شهود العقد غير حائزين للأوصاف المطلوبة شرعًا .

إذا عقد الزواج على أحد المرأتين الممنوع الجمع بينهما بسبب حرمة النسب أو الرضاع .

زواج المتعة ، أو الزواج المؤقت .

(مادة ١٨)

كُلُّ عَقْدِ نِكَاحٍ لَمْ تَحْضُرْهُ الشُّهُودُ ، أَوْ فَقَدَ شَرْطًا آخَرَ مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ ، لاَ تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ النِّكَاحِ ، وَيَجِبُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ إِنْ لَمْ يَفْتَرِقَا ، وَلاَ تَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ إِذَا وَقَعَ التَّفْرِيقُ أَوِ الْمُتَارَكَةُ قَبْلَ الْوَطْءِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَلاَ يَتَوَارَثُ فِيهِ الزَّوْجَانِ .

وَإِذَا لَمْ يُسَمِّ الزَّوْجُ مَهْرًا لِلْمَرْأَةِ وَقْتَ الْعَقْدِ ، فَلاَ يَلْزَمُهُ مَهْرُ مِثْلِهَا إِلَّا بَعْدَ إِتْيَانِهَا فِي الْقُبُلِ ، أَوْ فَضِّ بَكَارَتِهَا إِنْ كَانَتْ بِكْرًا [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢/٣٣٥) : « وأما النكاح الفاسد ، فلا حكم له قبل الدخول ، وأما بعد الدخول ، فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب ، ومنها وجوب العدة ، وهو حكم الدخول في الحقيقة ومنها وجوب المهر . والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لانعدام محله أعني محل حكمه ، وهو الملك ؛ لأن الملك يثبت في المنافع ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء ، والحر بجميع أجزائه ليس محلًا للملك ؛ لأن الحرية خلوص ، والملك ينافي الخلوص ؛ ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق ، والحرية تنافي الرق إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك ، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح إلى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبات النسب ، ووجوب العدة وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ، ولا عقوبة توجب المهر ، فجعل منعقدًا في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع ، وهو ما قبل الدخول ، فلا يجعل منعقدًا قبله ، ثم الدليل على وجوب مهر المثل بعد الدخول ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن مواليها ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها ، فلها مهر مثلها » جعل ﷺ لها مهر المثل فيما له حكم النكاح الفاسد ، وعلقه بالدخول ، فدل أن وجوبه متعلق به ، ثم اختلف في تقدير هذا المهر ، وهو المسمى بالعقر ، قال أصحابنا الثلاثة : لا يجب الأقل من مهر مثلها ومن المسمى .

وقال زفر : يجب مهر المثل بالغا ما بلغ . وكذا هذا الخلاف في الإجارة الفاسدة . وجه قول زفر : أن المنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد جميعًا كالأعيان ، فيلزم إظهار أثر التقوم ، وذلك بإيجاب مهر المثل بالغًا ما بلغ ؛ لأنه قيمة منافع البضع ، وإنما العدول إلى المسمى عند صحة التسمية ، ولم تصح ؛ لهذا المعنى أوجبنا كمال القيمة في العقد الفاسد كذا ههنا . ولنا : أن العاقدين ما قوما المنافع بأكثر من المسمى ، فلا تتقوم بأكثر من المسمى ، فحصلت الزيادة مستوفاة من غير عقد ، فلم تكن لها قيمة إلا أن مهر المثل إذا كان أقل من المسمى لا يبلغ به المسمى ؛ لأنها رضيت بذلك القدر لرضاها بمهر مثلها ، واختلف أيضًا في وقت وجوب العدة أنها من أي وقت تعتبر قال أصحابنا الثلاثة : إنها تجب من حين يفرق بينهما .

وقال زفر : من آخر وطء وطئها حتى لو كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطء وطئها قبل التفريق ، فقد انقضت عدتها عنده . وجه قوله : أن العدة تجب بالوطء ؛ لأنها تجب لاستبراء الرحم ، وذلك حكم =

= الوطء ألا ترى أنها لا تجب قبل الوطء ؟ وإذا كان وجوبها بالوطء تجب عقيب الوطء بلا فصل كأحكام سائر العلل : ولنا أن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش لما بينا ، والفراش لا يزول قبل التفريق بدليل أنه لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه ، ولا يجب عليه بتكرار الوطء إلا مهر واحد . ولو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد ، ولو دخلته شبهة حتى امتنع وجوب الحد يلزمه مهر آخر ، فكان التفريق في النكاح الفاسد بمنزلة الطلاق في النكاح الصحيح ، فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من وقت الطلاق في النكاح الصحيح والخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة ؛ لأنه ليس بنكاح حقيقة إلا أنه ألحق بالنكاح في حق المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافع لحاجة الناكح إلى ذلك ، فيبقى في حق غير المستوفى على أصل العدم ، ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة بالخلوة ؛ ولأن الموجب للعدة في الحقيقة هو الوطء ؛ لأنها تجب لتعرف براءة الرحم ، ولم يوجد حقيقة إلا أنا أقمنا التمكين من الوطء في النكاح الصحيح مقامه في حق حكم يحتاط فيه لوجود دليل التمكن ، وهو الملك المطلق ، ولم يوجد ههنا بخلاف الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح أنها توجب العدة إذا كان متمكنًا من الوطء حقيقة ، وإن كان ممنوعًا عنه شرعًا بسبب الحيض أو الإحرام أو الصوم أو نحو ذلك ؛ لأن هناك دليل الإطلاق شرعًا موجود وهو الملك المطلق إلا أنه منع منه لغيره ، فكان التمكن ثابتًا ، ودليله موجود ، فيقام مقام المدلول في موضع الاحتياط ، وههنا بخلافه ، ولا يوجب المهر أيضا ؛ لأنه لما لم يجب بها العدة ، فالمهر أولى ؛ لأن العدة يحتاط في وجوبها ، ولا يحتاط في وجوب المهر » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٤٤٧/٣ - ٤٥٢) : « هل يفتقر فسخ النكاح الفاسد إلى حكم حاكم ، أو يكفي في ذلك تراضي الزوجين ، أو الزوج والولي ، والظاهر أنه لا يفتقر إلى حكم حاكم ، قال في النكاح الأول من المدونة في النكاح الذي عقده الأجنبي مع وجود الولي وأراد الولي فسخه قال ابن القاسم : وإذا أراد الولي أن يفرق بينهما فعند الإمام إلا أن يرضى الزوج بالفراق دونه انتهى ، وقال اللخمي : النكاح خمسة : صحيح لا خيار فيه ، وصحيح فيه خيار ولا خلاف فيه ، وصحيح فيه خيار مختلف فيه ، وفاسد مجمع عليه ، وفاسد مختلف فيه ، والفراق في الأول بطلاق . **والذي فيه الخيار ثلاثة أقسام** : **الأول** : ما كان الخيار فيه قبل تمام العقد كما لو زوج رجل بغير أمره ، أو زوجت امرأة بغير أمرها وعلم المتعدى عليه بالقرب كان له الخيار بين الإجازة والرد ، والرد فسخ بغير طلاق ؛ لأنه لم ينعقد نكاح . **الثاني** : ما كان الخيار فيه بعد انعقاده لحق تقدم العقد كما إذا اطلع أحد الزوجين على عيب متقدم على العقد يوجب الرد فرد قال ابن القاسم : ذلك طلاق ، وقال الأبهري : إذا وجد الرجل المرأة مجنونة ، أو مجذومة أن الرد بغير طلاق ، وعلى هذا إذا كان العيب به وأرادت هي الفراق كان فسخا بغير طلاق فإذا قال ، أو قالت : رددت بالعيب وقعت الفرقة ، ولو قال : رددت بالعيب هي طالق لم يقع ؛ لأنه يقول : رددت في غير عصمة ، ولو قال : أنا راد بالعيب هي طالق ؛ لوقع الطلاق ، ومن هذا الأصل اختلف فيمن وكل من يزوجه بألف فزوجه بألفين فلم يرض ورد النكاح . قال ابن القاسم : تكون فرقتهما طلاقًا وذكر عن غيره أنه قال : يفسخ بغير طلاق ، وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فرد نكاحه ، فقال مالك وابن القاسم : يكون طلاقًا ، وعلى قول الأبهري يكون فسخًا **الثالث** : ما كان الخيار فيه لحق حدث بعد العقد كما إذا حدث بالزوج عيب بعد العقد يوجب الرد فذلك طلاق وكذا إذا قامت المرأة بالفراق لعدم النفقة ، أو لأنه أضر بها ، أو عتقت الأمة فذلك =

= كله طلاق ؛ لأنه أمر حدث بعد العقد وصحته ، ويصح أن تكون الفرقة في النكاح الصحيح ، وإن كان بأمر طارئ فسخًا كملك أحد الزوجين الآخر والرضاع ، ونكاح الأم على البنت وما أشبه ذلك ، واختلف في ارتداد أحد الزوجين هل هو فسخ ، أو طلاق ، وأرى أن ارتداده فسخ وارتدادها طلاق ؛ لأنه إذا ارتد كان كافرا والكافر لا طلاق عليه وإذا ارتدت وقع الطلاق ؛ لأنه مسلم ، واختلف في اللعان أيضًا كذلك ويحتاج إلى هذا على القول بأنه إذا كذب نفسه بعد اللعان له أن يتزوجها فترجع إليه على نكاح مبتدأ على القول بأنه فسخ ، وعلى القول بأنه طلاق ترجع على طلقتين .. انتهى وما ذكره في المرتد من أن ارتداده هل هو فسخ ، أو طلاق المشهور أنه طلاق كما سيأتي ، ثم قال إثر كلامه المتقدم : فصل وإن كان الخيار مختلفًا فيه كالتي تزوج بغير إذن وليها وكان الولي بالخيار في إجازته ورده فرده فإنه طلاق ، وإن كان النكاح مجمعًا على فساده ؛ كانت الفرقة فسخًا سواء طلق بنفسه ، أو طلق عليه وإن كان مختلفًا في فساده كان فيه قولان : قال مالك : مرة يكون فسخًا ، وقال : مرة طلاقًا وسواء كان الفساد من قبل العقد ، أو الصداق ، أو منهما جميعًا .. انتهى من النكاح الأول مختصرًا ، ونقله الشيخ أبو الحسن ، وقال في النكاح الثاني : باب الحكم في الصداق إذا طلق قبل البناء ، أو كان النكاح فاسدًا ، ولا صداق لها في النكاح الفاسد إذا فسخ قبل البناء إذا كان الفساد في الصداق ، وكذا إن كان الفساد في العقد وكان مجمعًا على فساده ، وكذا إن كان مختلفا فيه وفسخ بحكم ، أو تفاسخاه وإن طلق قبل النظر فيه فمن لم يراع الخلاف ولا قول من رأى جوازه ؛ لم يجعل لها صداقًا ولا ميراثًا إن مات ويلزم من راعى الخلاف وجعل فيه الميراث وألزم الطلاق أن يجعل لها نصف تلك التسمية .

وقال أشهب في كتاب محمد فيمن كان فساده من قبل صداقه فمات قبل البناء : لها الصداق والميراث ولم يجعل لها شيء إن طلق قبل البناء .. انتهى . ففي كلامه الأول أن المجمع عليه يكون فسخًا ، وسواء وقعت الفرقة في الزوج باختياره ، أو فرق عليه جبرًا ، وفي كلامه الثاني أن تفاسخهما يكفي في ذلك وهو الذي تقدم في كلام المدونة أنه لا يحتاج إلى الإمام إلا أن لا يرضى الزوج بالفراق فإذا كان النكاح مجمعًا عليه وتراضيا على فسخه انفسخ وسواء فسخاه بلفظ الفسخ ، أو بلفظ الطلاق وهو فسخ بغير طلاق كما تقدم في كلام اللخمي ومن وقت المفاسخة تكون العدة كما يأتي في كلام التوضيح وابن عبد السلام ، ولا بد من إشهادهما على الفسخ لتشهد لهما البينة على ذلك إن رفعًا إلى الحاكم بعد مضي زمن الاستبراء فإن امتنعا ، أو الزوج من الفسخ ؛ رفعاه إلى الحاكم ، وفسخه حينئذ الحاكم ، وإن كان مختلفًا فيه ففسخه الزوج بطلاق ؛ فلا شك في لزومه كما تقدم في كلام اللخمي وإن طلق فيه ظانًا أنه صحيح كفاه ذلك ، ولا تكون فيه رجعة كما سيأتي في باب الرجعة فإن أراد أن يجعله فسخًا بغير طلاق بأن قال فسخته بغير طلاق ، أو تركنا هذا النكاح وما أشبه ذلك لزمه الفسخ وكان طلاقًا على ظاهر ما قاله في باب الخلع والصلح من إرخاء الستور من المدونة إلا أن يقلدا من يقول بأنه فسخ بغير طلاق ، فله ذلك كما قال ابن عبد السلام : إنهما إذا قلدا من يرى صحة هذا النكاح ؛ فإنهما يقران عليه وتقدم كلامه منقولًا من باب الخلع ونص كلام المدونة المشار إليه : وإن انكشف بعد الخلع أن بها جنونًا ، أو جذامًا ، أو برصًا ؛ كان له ما أخذ وتم الخلع ؛ لأن له أن يقيم ولو تركها أيضا بغير الخلع لما غرته ؛ كان فسخًا بغير طلاق .. انتهى بلفظه . وكلام التوضيح وابن عبد السلام هو في باب العدة . =

= **قال ابن الحاجب** : ويجب على الحرة عدة المطلقة من كل نكاح فاسد بعد الدخول من حين فرق بينهما . **قال في التوضيح** : قوله من كل نكاح أي سواء كان مجمعا على فساده ، أو لا وهذا هو المشهور وهو مذهب المدونة اللخمي ، وقيل : يكفي في المتفق على فساده حقيقة وقوله بعد الدخول ظاهره ؛ لأنه إذا لم يجب على المطلقة قبل البناء في النكاح الصحيح شيء ؛ فأحرى الفاسد ، وقال : من حين فرق بينهما ؛ لأنه قد يتوهم أن النكاح المجمع على فساده لما كانت الفرقة فيه لا تحتاج إلى حكم حاكم كانت في كل وقت كالأجنبية فتكون العدة من آخر وطء . وقوله : ثلاث حيض بدل من قوله : عدة المطلقة ، أو عطف بيان .. انتهى .
ونحوه في ابن عبد السلام إلا أنه قال في قوله من حين فرق بينهما : إنه قد يتوهم أن النكاح المجمع على فساده لما كان قد لا يحتاج إلى التفرقة بينهما فيه إلى حكم حاكم .. إلخ ما تقدم ، فقوله : قد يحتاج : يعني - والله أعلم - إذا لم يوافق الزوج على الفسخ ، وقوله : هو وصاحب التوضيح : المجمع على فساده لا مفهوم له ؛ لأن الطلاق بالمختلف فيه لازم ، فإذا فسخه بطلاق فكأنه طلق ولا شك في لزومه الطلاق بذلك وتصير بائنا لا رجعة له عليها إلا بنكاح جديد برضاها ، وإنما يرجع إلى الحاكم إذا كان مقلدًا لمن يرى فسخ النكاح وامتنع من فسخه ، وقد ذكروا في البيع الفاسد أن المجمع عليه لا يحتاج إلى حكم حاكم ، واختلف في المختلف فيه ، فقيل : يكفي تراضيهما بالفسخ وقيل : إنما يكفي تراضيهما مع الإشهاد وقيل : لا بد من الحاكم . حمل الأقوال الثلاثة ابن عرفة في الصرف الفاسد .
وقال ابن بشير : الخلاف بذلك مبني على أصل وهو من فعل فعلا لو رفع إلى الحاكم لم يزد عليه هل يكون فعله بمنزلة الحاكم ، قولان .. انتهى . وسيأتي لذلك مزيد بيان عند قول المصنف في فصل علة طعام الربا وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض ، وفي مسألة النكاح المختلف فيه لا يتأتى لفوات محل الحكم بالتزام الزوج الفسخ في ذلك . « والتحريم بعقده ووطئه » : هو كقول ابن الحاجب في موانع الزوجية : وكل نكاح اختلف فيه اعتبر عقده ووطؤه ما لم يكن بنص ، أو سنة ففي عقده قولان . قال في التوضيح : معنى كلامه : أن كل نكاح اختلف العلماء في صحته وفساده والمذهب قائل بالفساد ، فإنه يعتبر عقده فيما يعتبر فيه العقد ووطؤه فيما يعتبر فيه الوطء فيحرم بالعقد على أمهاتها وتحرم بالوطء على آبائه وأبنائه وتحرم عليه البنت بالدخول بالأم فيه وقوله : ما لم يكن بنص ، أو سنة يعني أنه اعتبر العقد والوطء إلا أن يكون الفساد بنص كتاب الله ، أو سنته فحذف من الأول ما أثبت نظيره في الثاني ومن الثاني ما أثبت نظيره في الأول ففي عقده قولان ، ويعتبر وطؤه بالاتفاق . **وقال في المقدمات** : والمشهور أن الحرمة تقع بكل نكاح لم يتفق على تحريمه ونفى غيره الخلاف ورأى أن المذهب كله على التحريم ، فإن قلت : كيف يكون فيه نص كتاب الله ، أو سنته ويختلف فيه ؟ **قيل : النص على ثلاث اصطلاحات : الأول** : ما احتمل معنى قطعيا ، ولا يحتمل غيره قطعًا ، **والثاني** : ما احتمل معنى قطعيًا ، وإن احتمل غيره ، **والثالث** : ما احتمل معنى كيف كان ولا يتأتى الخلاف على الاصطلاح الأول ، **فإن قلت** : فما مثال ذلك ؟ **قيل** : أما ما فيه نص سنة : فنكاح المحرم ، وإنكاح المرأة نفسها ، وأما ما فيه نص كتاب : فنكاح الخامسة ، فإن قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ نص في عدم الزيادة ، وقد أجاز بعض الظاهرية الزيادة اهـ . في ابن فرحون نحو ذلك وأوسع منه فراجعه والله أعلم .
فقوله : فحذف من الأول إلخ هو من النوع المسمى بالاحتباك من أنواع البديع وهو أن يحذف من أحد شقي =

= الكلام نظير ما أثبته في الثاني ومن الثاني نظير ما أثبته في الأول ومنه قوله تعالى : ﴿ وَمَثَلُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ كَمَثَلِ ٱلَّذِى يَنْعِقُ بِمَا لَا يَسْمَعُ ﴾ أي ومثل الأنبياء والذين كفروا كمثل الذي ينعق وينعق به وجعل منه السيوطي قوله تعالى : ﴿ لَا يَرَوْنَ فِيهَا شَمْسًا وَلَا زَمْهَرِيرًا ﴾ على أن المراد بالزمهرير البرد أي لا يرون فيها شمسًا ولا قمرًا ولا حرًا ولا زمهريرًا ومنه قوله تعالى : ﴿ وَأَدْخِلْ يَدَكَ فِى جَيْبِكَ تَخْرُجْ بَيْضَآءَ مِنْ غَيْرِ سُوٓءٍ ﴾ التقدير تدخل غير بيضاء وأخرجها تخرج بيضاء ، وذكر أنه لم يقف عليه في شيء من كتب البديع إلا أنه خطر له في الآية المذكورة أعني قوله : ﴿ لَا يَرَوْنَ فِيهَا شَمْسًا وَلَا زَمْهَرِيرًا ﴾ وهذا النوع لطيف وإنه لا يعرف في أنواع البديع ما يدخل تحته ، ثم ذكر ذلك لصاحبه برهان الدين البقاعي فأفاده أن بعض شيوخه أفاد أن هذا النوع يسمى الاحتباك ، ثم وقف عليه في شرح بديعية ابن جابر لصاحبه أحمد بن يوسف الأندلسي قال ومن ألطفه قوله تعالى : ﴿ خَلَطُواْ عَمَلًا صَٰلِحًا وَءَاخَرَ سَيِّئًا ﴾ أي صالحا بسيئ وآخر سيئًا بصالح ، ومأخذه من الحبك الذي معناه الشد والإحكام وتحسين آثار الصنعة ، وبيانه : أن مواضع الحذف أشبهت الفرج بين الخيوط فلما أدركها الناقد البصير فوضع المحذوف مواضعه كان حابكًا له مانعًا من خلل يطرقه فسد بتقديره ما يحصل به الخلل وقد ذكره الحلوي في بديعيته . « وفيه الإرث » : قال ابن الحاجب في تمييز ما يفسخ بطلاق وما فسخ بطلاق يقع به التحريم والطلاق والموارثة ما لم يكن الفسخ لحق الورثة قال في التوضيح : قوله : يقع به التحريم : أي تحريم المصاهرة من كونها تحرم على آبائه وأبنائه وتحرم عليه أمهاتها وبناتها كما تقدم في قوله : والطلاق : أي إذا أوقعه الزوج قبل الفراق ويتوارثان قبل الفسخ إلا أن يكون الفسخ لحق الورثة في نكاح المريض فلا إرث فيه ؛ لأنه لأجل الإرث فسخناه .. ا هـ .

وقال ابن فرحون : وكذلك الموارثة إن مات أحدهما قبل الفسخ إلا أن يكون الفسخ لحق الورثة كنكاح المريض فلا موارثة فيه ا هـ .

وقال في النكاح الأول من المدونة قال ابن القاسم : وكل ما اختلف الناس في إجازته ورده فالفسخ فيه بطلاق ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ كالمرأة تزوج نفسها ، أو تنكح بغير ولي والأمة تزوج بغير إذن السيد ؛ لأن هذا قاله خلق كثير إن أجازه الولي جاز ولو قضى به قاض لم أنقضه وكذلك نكاح المحرم والشغار للاختلاف فيهما .. ا هـ .

وقال الرجراجي في المسألة الحادية عشرة : وكل نكاح اختلف في تحريمه وإن غلبا على فسخه قبل الدخول وبعده ؛ ففيه الطلاق والميراث قبل الدخول وبعده ، وهو الذي قاله ابن القاسم لرواية بلغته .. ا هـ . فظهر أن كلام الشارح في شروحه الثلاثة غير ظاهر وكذلك ما ذكره بعض الفرضيين أن المشهور في النكاح المختلف فيه إذا مات قبل الدخول لا ميراث فيه مخالف لما تقدم . « لا إن اتفق على فساده فلا طلاق كخامسة » : صرح هنا بأن نكاح الخامسة من المتفق على فساده وكذلك ابن الحاجب وصرح به في أوائل النكاح الأول من المدونة وقال في التوضيح : لما تكلم على ما يحرم بالمصاهرة وأن الفاسد إن كان مختلفا فيه يحرم عقده أن نكاح الخامسة من ذلك قال : فإن بعض الظاهرية أجاز الزيادة وكذلك ذكر في التوضيح في تمييز ما يفسخ قبل الدخول وما يفسخ أبدا أن نكاح الخامسة مختلف فيه وتقدم كلامه وهو مخالف للمدونة فإنه جعله من المتفق عليه وأنه لا ينشر الحرمة والله أعلم .

« وما فسخ بعده فالمسمى » : يريد إذا كان المسمى صحيحًا ، وأما إن كان صداقا فاسدا فإنما فيه صداق المثل . =

١٦٨ - ومتى انعقد الزواج غير صحيح ، بأن فقد شرطًا من الشروط التي عرفتها مما تقدم ، فلا تثبت الزوجية ، ولا تترتب عليه الأحكام . فيلزمهما أن يفترقا ؛ لأن كلًّا من المتعاقدين يجب عليه عدم الإمضاء في العقد الفاسد ، فإذا لم يفترقا ؛ وجب على القاضي التفريق بينهما ؛ لأنه نصب ناظرًا للمصالح الدينية والدنيوية .

١٦٩ - ولا تثبت به حرمة المصاهرة ، فلا تحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه ، ولا تحرم عليه أصولها وفروعها . ولكن محل عدم حرمة المصاهرة : إن تركها أو فرق القاضي بينهما قبل الوطء ، أو ما يقوم مقامه ، وهو : اللمس ، والنظر بشهوة . فإن حصل ما ذكر بعد واحد من هذه الأشياء ، ثبتت حرمة المصاهرة المتقدمة كما ستعرفه في مادة (٢٤) .

١٧٠ - ولا يتوارث به الزوجان ، فإذا مات أحدهما ولو بعد الدخول ، فلا يرثه الآخر ، لأن التوارث إنما يكون بعد العقد الصحيح لا الفاسد . ولا يلزم الزوج المهر المسمى في العقد ، ولا مهر المثل إن لم تكن هناك تسمية إن حصل التفريق قبل الوطء ، أو فض البكارة إن كانت بكرًا . فإن كان بعد واحد منهما ، لزمه مهر المثل ، لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عُقْر - بالضم - وهو : المهر . أو عَقْر - بالفتح - وهو : الحد . وقد انتفى الثاني ، لوجود الشبهة وهو العقد ، فيجب الأول .

= (فإن قلت :) لا يحتاج إلى هذا ؛ لأن المشهور في النكاح الفاسد لصداقه أنه إنما يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل وكلام المؤلف فيما يفسخ بعد الدخول ؛ (قلت) : بل يحتاج إليه ؛ لأن النكاح قد يكون فاسدًا لعقده وصداقه معًا ويكون مما يفسخ بعده فيكون فيه إذا فسخ بعد الدخول صداق المثل . قال اللخمي : في النكاح الأول إذا دخل كان له صداق المثل إن كان فساده من قبل صداقه ، أو من قبل عقده وصداقه ، واختلف إذا كان الفساد في العقد وحده هل يكون لها المسمى ، أو صداق المثل ؟ » .

الباب الثالث
في موانع النكاح الشرعية
وبيان المحللات والمحرمات من النساء

(مادة ١٩)

يَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ .

* * *

١٧١ - لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله تعالى عن محلية الزواج بالنسبة إلى بعض بني آدم ، سواء كان هذا الإخراج دائميًا أو مؤقتًا بوقت مخصوص ، أفرد الفقهاء له بابًا على حدته ، وبينوا فيه أسباب التحريم . فمتى وجد سبب منها حرم التزوج ، ومتى انتفى السبب حل .

١٧٢ - ولكن لا يجوز للرجل أن يجمع في عصمته من المحللات ما شاء من العدد ، بل يقتصر على أربع نسوة في عصمته ، سواء كان تزوجهن في عقود متفرقة ، كما إذا تزوج كل شهر مثلًا واحدة ، أو في عقد واحد ، بأن وكل أربع نسوة رجلًا في أن يزوجهن لفلان ، فقال هذا الوكيل للرجل : زوجتك موكلاتي فلانة وفلانة ... إلخ . فقبل الرجل ؛ صح هذا العقد بالنسبة إلى الجميع إذا لم يكن متزوجًا بغيرهن . فقد حصل في هذا المثال تزوج أربع في عقد واحد ، ويمكنك الإتيان بعدة أمثلة .

١٧٣ - والدليل على أن الرجل لا يجوز له إلا تزوج أربع : قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ [١] . والنص على العدد يمنع الزيادة عليه .

١٧٤ - وقال القاسم بن إبراهيم [٢] : يجوز التزوج بالتسع ؛ لأن الله تعالى أباح

---

(١) النساء : ٣ .

(٢) هو : الحافظ الامام ، أبو بكر القاسم بن إبراهيم بن أحمد بن عيسى ، القنطري السامري . روى عن : الكديمي ، وخلف بن عمرو العكبري ، ومقدام بن داود وأنس بن سلم ، وأبي يعلى الموصلي ، ومحمد بن عثمان بن أبي شيبة ، وأحمد بن محمد بن هارون الخلال ، وخلق . والغالب على حديثه المناكير والموضوعات . روى عنه : ابن بطة ، وأبو الحسن بن رزقويه ، وأبو سهل محمود بن عمرو العكبري ، وآخرون . حدث في سنة ست وأربعين وثلاثمائة ، والكلام المذكور فيه هو عبارة ابن النجار ، فلعل الضعف في تلك الروايات من غيره . وينفي الذهبي علمه أن أحدًا رماه بالضعف . انظر : سير أعلام النبلاء (١٢/١٦٧) .

نكاح ثنتين بقوله : ﴿ مَثْنَىٰ ﴾ ثم عطف عليه : ﴿ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ بالواو وهي للجمع ، فيكون المجموع تسعًا . ومثله عن النخعي وابن أبي ليلى . وقال بعض الشيعة والخوارج : يجوز ثماني عشرة امرأة ، لأن قوله : ﴿ مَثْنَىٰ ﴾ يفيد التكرار ، لكونه معدولًا به عن : « اثنين اثنين » مكررًا ، وكذلك : ﴿ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ ، وأقل التكرار مرتان ، فيكون ثماني عشرة . وبعض الناس يقول : إن للرجل أن يتزوج ما شاء من العدد ، لأن ﴿ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ يفيد التكرار من غير حصر .

وهؤلاء خرقوا الإجماع ؛ لأن الأمة أجمعت على أنه لا يجوز أكثر من أربع ، ولا حجة لهم فيما ذكر ؛ لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي القسمة آحادًا ، كما تقول : ركب القوم دوابهم . والواو بمعنى « أو » . وحجة الإجماع ما صح أن النبي عليه الصلاة والسلام فرق بين غَيْلان الثقفي [١] وبين ما زاد على الأربع من النسوة حين أسلم وتحته عشر نسوة [٢] ، وغيره ممن أسلم وهو متزوج أكثر من أربع ، ولم ينقل عن أحد في زمن النبي عليه الصلاة والسلام ولا بعده إلى زمننا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة بالزواج .

١٧٥ - ولو كان المعنى كما زعموا ، لما كان لِذكْرِ ثلاث ورباع معنًى ، لأن ﴿ مَثْنَىٰ ﴾ يفيد التكرار لا إلى نهاية وحصر ، وكلام الله ﷻ منزه عن التكرار وعدم المعنى .

١٧٦ - وهذا إذا كان الرجل حرًا ، فلو كان رقيقًا ، فلا يجوز له إلا تزوج اثنتين وهو قول سيدنا عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف [٣] ؛ لأن الرق منصف للنعمة ، فيتنصف العدد المباح للحر بالنسبة للزواج .

---

(١) هو : غيلان بن سلمة بن معتب بن مالك بن كعب بن عمرو بن سعد بن عوف بن ثقيف بن منبه بن بكر ابن هوازن ، أسلم بعد الفتح وكان تحته عشر نسوة فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعًا وهو أحد وجوه ثقيف ومقدميهم وهو ممن وفد على كسرى وخبره معه عجيب ، وكان شاعرًا محسنًا توفي آخر خلافة عمر ابن الخطاب . انظر : أسد الغابة (٣٤٣/٤ ، ٣٤٤) .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (كتاب : النكاح / باب : من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة / ١٣٨١٩) .

(٣) هو : عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد بن الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي ، أبو محمد ، أحد العشرة ، وأحد الستة أهل الشورى ، أحد السابقين البدريين ، القرشي الزهري ، وهو أحد الثمانية الذين بادروا إلى الإسلام ، له عدة أحاديث . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٣/٣) ، تهذيب الكمال (٣٩٠٥/١١) .

١٧٧ - ومع هذا فالأحسن لمن خاف عدم العدل بين الزوجات ألا يتزوج إلا واحدة ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [(١)] [(٢)] .

(مادة ٢٠)

يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مَحَلًّا لَهُ غَيْرَ مُحَرَّمَةٍ عَلَى مَنْ يُرِيدُ التَّزَوُّجَ بِهَا .

* * *

١٧٨ - فمتى كان هذا العدد بالنسبة للحر والعبد محلًّا للعقد ؛ صح الزواج . وإن كان غير محل له ، بأن كانت المرأة محرمة على من يريد التزوج بها لأي سبب ؛ كان العقد فاسدًا [(٣)] .

---

(١) النساء : ٣ .

(٢) قول الحنفية : جاء في المبسوط (١٦٠/٥ ، ١٦١) : « لا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة بالنكاح إلا على قول الروافض ، فإنهم يجوزون الجمع بين تسع نسوة لظاهر قوله تعالى : ﴿ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ والواو للجمع ، فإذا جمعت بين هذه الأعداد كان تسعًا » ولأن رسول الله ﷺ جمع بين تسع نسوة وهو قدوة الأمة ﷺ » فما يجوز له يجوز لأمته ، وحجتنا في ذلك قوله تعالى : ﴿ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ والمراد أحد هذه الأعداد قال الفراء : ﷺ تعالى لا وجه لحمل هذا على الجمع ؛ لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام ، والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ أُوْلِيٓ أَجْنِحَةٖ مَّثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۚ ﴾ والمراد أحد هذه الأعداد ، وقد بينا أن رسول الله ﷺ كان مخصوصا بسبب إباحة تسع نسوة له وهو اتساع حله بفضيلة النبوة ، فإن بزيادة الفضيلة يزداد الحل كما بين الأحرار والمماليك ولم ينقل عن أحد في حياة رسول الله ﷺ ، ولا بعده إلى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا ، وفي قوله ﷺ : « يتزوج العبد ثنتين ويطلق تطليقتين » ما يدل على أن الحر لا يتزوج أكثر من أربع ؛ لأن حال المملوك على النصف من حال الحر ، وله أن يتسرى على الأربع ما بدا له من السراري ما خلا امرأة ذات رحم محرم منها من نسب أو رضاع لحديث عمار بن ياسر رضي الله تعالى عنه : ما حرم الله تعالى من الحرائر شيئًا إلا وقد حرم من الإماء مثله ، إلا رجلًا يجمعهن يريد به العدد ؛ إذ التسري غير محصور بعدد ؛ لأن النكاح إنما كان محصورًا بعدد لوجوب العدل والتسوية بينهن في القسم ، وعند كثرة العدد يعجز عن ذلك ، وفي الإماء لا يلزمه التسوية بينهن في القسم ، فلهذا لا يكون محصورًا بالعدد وإليه أشار الله تعالى في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْۚ ﴾ فأما سائر أسباب الحرمة كالرضاع والمصاهرة والمحرمية لا تختلف بالمنكوحة والمملوكة » .

(٣) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٥٦/٢) : « ومنها ، أي : من شروط صحة النكاح - أن تكون المرأة محللة ، وهي أن لا تكون محرمة على التأبيد فإن كانت محرمة على التأبيد فلا يجوز نكاحها ؛ لأن الإنكاح إحلال ، وإحلال المحرم على التأبيد محال » .

(مادة ٢١)

أَسْبَابُ التَّحْرِيمِ قِسْمَانِ : مُؤَبَّدَةٌ ، وَمُؤَقَّتَةٌ .
فَالْمُؤَبَّدَةُ هِيَ : الْقَرَابَةُ ، وَالْمُصَاهَرَةُ ، وَالرَّضَاعُ (١) .
وَالْمُؤَقَّتَةُ هِيَ : الْجَمْعُ بَيْنَ مُحَرَّمَيْنِ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ الأَجْنَبِيَّاتِ زِيَادَةً عَلَى أَرْبَعٍ ، وَعَدَمُ الدِّينِ السَّمَاوِيِّ ، وَالتَّطْلِيقُ ثَلاثًا ، وَتَعَلُّقُ حَقِّ الْغَيْرِ بِنِكَاحٍ أَوْ عِدَّةٍ (٢) .

* * *

١٧٩ - وأسباب تحريم المرأة على الرجل تنقسم إلى قسمين : مؤبدة ، ومؤقتة .

١٨٠ - فالمؤبدة تنحصر في ثلاثة أنواع :

الأول : المحرمات بسبب النسب .

الثاني : المحرمات بسبب المصاهرة .

الثالث : المحرمات بسبب الرضاع .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٥٦/٢) : « والمحرمات على التأبيد ثلاثة أنواع : . محرمات بالقرابة ، ومحرمات بالمصاهرة ، ومحرمات بالرضاع » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٦٢/٢ - ٢٧٢) : « ومنها أن لا يقع نكاح المرأة التي يتزوجها جمعًا بين ذوات الأرحام ، ولا بين أكثر من أربع نسوة في الأجنبيات . ومنها : أن لا تكون منكوحة الغير . ومنها : أن لا تكون معتدة . ومنها : أن لا يكون بها حمل ثابت النسب من الغير ، فإن كان لا يجوز نكاحها ، وإن لم تكن معتدة كمن تزوج أم ولد إنسان - وهي حامل من مولاها - لا يجوز ، وإن لم تكن معتدة لوجود حمل ثابت النسب . ومنها : أن يكون للزوجين ملة يقران عليها ، فإن لم يكن بأن كان أحدهما مرتدًا ؛ لا يجوز نكاحه أصلًا لا بمسلم ولا بكافر غير مرتد ، والمرتد مثله ؛ لأنه ترك ملة الإسلام ، ولا يقر على الردة بل يجبر على الإسلام إما بالقتل إن كان رجلًا بالإجماع ، وإما بالحبس والضرب إن كانت امرأة عندنا إلى أن تموت أو تسلم ، فكانت الردة في معنى الموت لكونها سببًا مفضيًا إليه ، والميت لا يكون محلًا للنكاح ؛ ولأن ملك النكاح ملك معصوم ولا عصمة مع المرتدة ؛ ولأن نكاح المرتد لا يقع وسيلة إلى المقاصد المطلوبة منه ؛ لأنه يجبر على الإسلام على ما بينا فلا يفيد فائدته فلا يجوز ، والدليل عليه : أن الردة لو اعترضت على النكاح رفعته فإذا قارنته تمنعه من الوجود من طريق الأولى كالرضاع ؛ لأن المنع أسهل من الرفع . ومنها : أن لا تكون المرأة مشركة إذا كان الرجل مسلمًا ، فلا يجوز للمسلم أن ينكح المشركة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ ، ويجوز أن ينكح الكتابية ؛ لقوله ﷻ : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ . ومنها : إسلام الرجل إذا كانت المرأة مسلمة ، فلا يجوز إنكاح المؤمنة الكافر ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ﴾ » .

١٨١ - والمؤقتة تنحصر في خمسة أنواع :

النوع الأول : حرمة الجمع بين المحارم .

الثاني : حرمة الجمع بين الأجنبيات زيادة على أربع .

الثالث : عدم الدين السماوي .

والرابع : التطليق ثلاثًا .

الخامس : تعلق حق الغير بزواج أو عدة .

والأصل في هذا قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ۝٢٢ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ۝٢٣ ۞ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ (١) . وآيات أخرى سترد عليك .

١٨٢ - ولنذكر لك كلاً منها على حدته فنقول (٢) :

---

(١) النساء : ٢٢ ، ٢٣ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة ٣٣ : يحرم على شخص أصوله وفروعه وفروع أبويه والطبقة الأولى من فروع أجداده.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الخامس :

المحرمات

تأبيد الحرمة بالنسب

المادة (٢٤) : يحرم على التأبيد تزوج الرجل بامرأة من ذوات رحم محرم منه وهن أربعة :

أمه وجداته . بناته وحفيداته وإن نزلن . أخواته وبنات أخواته وبناتهن وإن نزلن . عماته وخالاته .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٢) - يحرم على الشخص بسبب النسب التزوج من :

أ - أصله وإن علا .

ب - فرعه وإن نزل .

ج - فروع أحد الأبوين أو كليهما وإن نزلوا .

د - الطبقة الأولى من فروع أجداده أو جداته .

المحرمات بسبب النسب

(مادة ٢٢)

يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنَ النَّسَبِ : أُمَّهُ ، وَجَدَّتَهُ وَإِنْ عَلَتْ ، وَبِنْتَهُ ، وَبِنْتَ بِنْتِهِ ، وَبِنْتَ ابْنِهِ وَإِنْ سَفَلَتْ ، وَأُخْتَهُ ، وَبِنْتَ أُخْتِهِ ، وَبِنْتَ أَخِيهِ وَإِنْ سَفَلَتْ ، وَعَمَّتَهُ ، وَعَمَّةَ أُصُولِهِ ، وَخَالَتَهُ ، وَخَالَةَ أُصُولِهِ .

وَتَحِلُّ لَهُ : بَنَاتُ الْعَمَّاتِ وَالأَعْمَامِ ، وَبَنَاتُ الْخَالاَتِ وَالأَخْوَالِ .

وَكَمَا يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِمَنْ ذُكِرَ ، يَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ التَّزَوُّجُ بِنَظِيرِهِ مِنَ الرِّجَالِ .

وَيَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ : أَبْنَاءُ الأَعْمَامِ وَالْعَمَّاتِ ، وَأَبْنَاءُ الأَخْوَالِ وَالْخَالاَتِ (١) .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢/٢٥٦ ، ٢٥٧) : « فالمحرمات بالقرابة سبع فرق : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت ، قال الله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ الآية أخبر الله تعالى عن تحريم هذه المذكورات ، فإما أن يعمل بحقيقة هذا الكلام حقيقة ويقال : بحرمة الأعيان كما هو مذهب أهل السنة والجماعة وهي « منع الله تعالى الأعيان عن تصرفنا فيها بإخراجها من أن تكون محلًا لذلك شرعًا ، وهو التصرف الذي يعتاد إيقاعه في جنسها وهو الاستمتاع والنكاح . وإما أن يضمر فيه الفعل وهو الاستمتاع والنكاح في تحريم كل واحد منهما تحريم الآخر ؛ لأنه إذا حرم الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لم يكن النكاح مفيدًا لخلوه عن العاقبة الحميدة ، فكان تحريم الاستمتاع تحريمًا للنكاح ، وإذا حرم النكاح وأنه شرع وسيلة إلى الاستمتاع ، والاستمتاع هو المقصود فكان تحريم الوسيلة تحريمًا للمقصود بالطريق الأولى ، وإذا عرف هذا فنقول : يحرم على الرجل أمه بنص الكتاب وهو قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ وتحرم عليه جداته من قبل أبيه وأمه وإن علون بدلالة النص ؛ لأن الله تعالى حرم العمات والخالات وهن أولاد الأجداد والجدات ، فكانت الجدات أقرب منهن ، فكان تحريمهن تحريمًا للجدات من طريق الأولى كتحريم التأفيف نصًّا يكون تحريمًا للشتم والضرب دلالة ، وعليه إجماع الأمة أيضًا ، وتحرم عليه بناته بالنص وهو قوله تعالى : ﴿ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ سواء كانت بنته من النكاح أو من السفاح لعموم النص وقال الشافعي : لا تحرم عليه البنت من السفاح ؛ لأن نسبها لم يثبت منه فلا تكون مضافة إليه شرعًا ، فلا تدخل تحت نص الإرث والنفقة في قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ﴾ وفي قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ ﴾ كذا ههنا ؛ ولأنا نقول : بنت الإنسان اسم لأنثى مخلوقة من مائه حقيقة ، والكلام فيه فكانت بنته حقيقة إلا أنه لا تجوز الإضافة شرعًا إليه لما فيه من إشاعة الفاحشة ، وهذا لا ينفي النسبة الحقيقية ؛ لأن الحقائق =

١٨٣ - يحرم بالنسب أنواع أربعة :

الأول : أصول الشخص .

الثاني : فروعه ولو بعدت الوسائط .

= لا مرد لها وهكذا نقول في الإرث والنفقة : إن النسبة الحقيقية ثابتة إلا أن الشرع اعتبر هناك ثبوت النسب شرعًا لجريان الإرث والنفقة لمعنى . ومن ادعى ذلك ههنا فعليه البيان .

وتحرم بنات بناته وبنات أبنائه وإن سفلن بدلالة النص ؛ لأنهن أقرب من بنات الأخ وبنات الأخت ومن الأخوات أيضًا ؛ لأن الأخوات أولاد أبيه وهن أولاد أولاده فكان ذكر الحرمة هناك ذكرا للحرمة ههنا دلالة وعليه إجماع الأمة أيضا ، وتحرم عليه أخواته وعماته وخالاته بالنص وهو قوله ﷻ : ﴿ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ ﴾ سواء كن لأب وأم أو لأب أو لأم لإطلاق اسم الأخت والعمة والخالة ، ويحرم عليه عمة أبيه وخالته لأب وأم أو لأب أو لأم ، وعمة أمه وخالته لأب وأم ، أو لأب ، أو لأم بالإجماع . وكذا عمة جده وخالته وعمة خالته وخالتها لأب وأم أو لأب أو لأم تحرم بالإجماع ، وتحرم عليه بنات الأخ وبنات الأخت بالنص ، وهو قوله تعالى : ﴿ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ ﴾ وبنات بنات الأخ والأخت وإن سفلن بالإجماع ومنهم من قال : إن حرمة الجدات وبنات البنات ونحوهن ممن ذكرنا يثبت بالنص أيضًا ؛ لانطلاق الاسم عليهن فإن جدة الإنسان تسمى أمًا له ، وبنت بنته تسمى بنتًا له ، فكانت حرمتهن ثابتة بعين النص ، لكن هذا لا يصح إلا على قول من يقول : يجوز أن يراد الحقيقة والمجاز من لفظ واحد إذا لم يكن بين حكميهما منافاة ؛ لأن إطلاق اسم الأم على الجدة وإطلاق اسم البنت على بنت البنت بطريق المجاز ، ألا ترى أن من نفى اسم الأم والبنت عنهما كان صادقًا في النفي ؟ وهذا من العلامات التي يفرق بها بين الحقيقة والمجاز ، وقد ظهر أمر هذه التفرقة في الشرع أيضًا حتى إن من قال لرجل : لست أنت بابن فلان لجده لا يصير قاذفًا له حتى لا يؤخذ بالحد ؛ ولأن نكاح هؤلاء يفضي إلى قطع الرحم ؛ لأن النكاح لا يخلو عن مباسطات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونة بينهما ، وذلك يفضي إلى قطع الرحم ، فكان النكاح سببًا لقطع الرحم مفضيًا إليه ، وقطع الرحم حرام والمفضي إلى الحرام حرام ، وهذا المعنى يعم الفرق السبع ؛ لأن قرابتهن محرمة القطع واجبة الوصل ، ويختص الأمهات بمعنى آخر ، وهو أن احترام الأم وتعظيمها واجب ، ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض الجناح لهما والقول الكريم ، ونهي عن التأفيف لهما ، فلو جاز النكاح والمرأة تكون تحت أمر الزوج ، وطاعته وخدمته مستحقة عليها ؛ للزمها ذلك ، وأنه ينفي الاحترام فيؤدي إلى التناقض وتحل له بنت العمة والخالة وبنت العم والخال ؛ لأن اللّه تعالى ذكر المحرمات في آية التحريم ثم أخبر ﷻ أنه أحل ما وراء ذلك بقوله : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ وبنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات لم يذكرن في المحرمات ؛ فكن مما وراء ذلك فكن محللات . وكذا عمومات النكاح لا توجب الفصل ، ثم خص عنها المحرمات المذكورات في آية التحريم فبقي غيرهن تحت العموم ، وقد ورد نص خاص في الباب ، وهو قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ﴾ إلى قوله ﷻ : ﴿ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَٰلَٰتِكَ ٱلَّٰتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ ﴾ الآية . والأصل فيما يثبت للنبي ﷺ أن يثبت لأمته ، والخصوص بدليل » .

الثالث : فروع أبويه وإن نزلوا .

الرابع : فروع أجداده وجداته إذا انفصلوا بدرجة واحدة.

١٨٤ - **فيحرم عليه بالأول والثاني** : أمة ، وجدته وإن علت سواء كانت من جهة الأم أو من جهة الأب ، وبنته ، وبنت بنته ، وبنت ابنه وإن نزلت كل منهما ، لقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ (١) .

ولا يقال : إن النص قاصر على الأم والبنت ، فلا يتناول الجدة ولا بنت البنت ولا بنت الابن ، فلا تحرم كل منهن ، لأنا نقول : إن الجدات أمهات ، إذ الأم معناها في اللغة : الأصل ، والبنت معناها : الفرع ، قال اللّه تعالى : ﴿ هُنَّ أُمُّ ٱلْكِتَـٰبِ ﴾ (٢) . أي : أصله . وقال عليه الصلاة والسلام : « **الخمر أم الخبائث** » (٣) . أي : أصلها .

وعلى هذا تكون حرمة من ذكر ثابتة بهذه الآية . أو نقول : ثبتت حرمة الجدات وبنات الأولاد بالإجماع . أو نقول : ثبتت حرمتهن بدلالة النص ؛ لأن اللّه تعالى حرم العمات والخالات ، وهن أولاد الجدات ؛ فهن أقرب من أولادهن ، فيحرمن من باب أولى ، وكذا حرم بنات الأخ وبنات الأخت ، ولا شك أن بنات الأولاد أقرب منهن ، فكن أولى بالتحريم ؛ لأن الحكمة في تحريم هؤلاء تعظيم القريب وصونه عن الاستخفاف ؛ لأن في الاستفراش استخفافًا به وتعظيمه واجب شرعًا ، ولأن تزوجهن يفضي إلى قطع الرحم ؛ لأن التزوج لا يخلو من مباسطات تجري بين الزوجين ، فيكون ذلك سبب جريان الخشونة بينهما ، فيفضي إلى قطع الرحم فيمنع منه أصلًا ، فكل من كان أقرب فهو أولى بالمنع .

١٨٥ - **ويحرم عليه بالثالث والرابع** : أخته ، وبنتها ، وبنت أخيه وإن نزلت درجتهما ، وعمته ، وعمة أصوله ، وخالته ، وخالة أصوله ، لقوله تعالى في الآية السابقة : ﴿ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّـٰتُكُمْ وَخَـٰلَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ ﴾ (٤) . ويشمل النص : الأخت لأبوين أو لأب أو لأم ، وبنت كل منهن . ويشمل أيضًا : بنت الأخ الشقيق أو لأب أو لأم . وكذلك : يشمل : العمات ، والخالات المتفرقات ؛ لأن الاسم يشمل الجميع . وكذا يدخل في العمات والخالات بطريق الحقيقة : عمة الأب والجد

---

(١) النساء : ٢٣ .
(٢) آل عمران : ٧ .
(٣) سنن النسائي (كتاب : الأشربة / باب : ذكر الآثام المتولدة عن شرب الخمر من ترك الصلوات / ٥٦٦٦) .
(٤) النساء : ٢٣ .

وإن علا ، وخالة كلٍّ منهما ، وعمة الأم والجدة وإن علت وخالة كلٍّ منهما .

١٨٦ - فإذا علمت ما تقدم ، تعلم أن بنات الأعمام والعمات ، وبنات الأخوال والخالات تحل .

وليست الحرمة والحل المتقدمان قاصرين على المذكر ؛ بل يشملان المذكر والمؤنث ، فكما يحرم على الرجل أن يتزوج بأصوله وفروعه من الإناث ، يحرم كذلك على المرأة التزوج بأصولها وفروعها من الذكور . وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بنات أخواته وأخوته ، يحرم على المرأة التزوج بأبناء أخواتها وإخوتها وهكذا . وكما يحل للرجل بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات ، يحل للمرأة أبناء الأعمام والعمات ... إلخ [١] .

المحرمات بسبب المصاهرة

(مادة ٢٣)

يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ : بِنْتَ زَوْجَتِهِ الَّتِي دَخَلَ بِهَا وَهُوَ مُشْتَهًى وَهِيَ مُشْتَهَاةٌ ، سَوَاءٌ كَانَ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ . فَإِنْ دَخَلَ بِهَا وَهُوَ غَيْرُ مُشْتَهًى أَوْ هِيَ غَيْرُ مُشْتَهَاةٍ ، أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ ، أَوْ طَلَّقَهَا وَلَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ، فَلاَ تَحْرُمُ عَلَيْهِ بِنْتُهَا .

وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ : أُمُّ زَوْجَتِهِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ عَلَيْهَا وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، وَزَوْجَةُ فَرْعِهِ وَإِنْ سَفَلَ ، وَأَصْلِهِ وَإِنْ عَلاَ ، وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ [٢] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : تأبيد الحرمة بالمصاهرة : المادة (٢٥) : يحرم على التأبيد تزوج الرجل بامرأة بينه وبينها مصاهرة وهي على أربعة أصناف :

١ - زوجات أولاد الرجل وزوجات أحفاده .

٢ - أم زوجته وجداتها مطلقًا .

٣ - زوجات أبي الرجل وزوجات أجداده .

٤ - ربائبه أي : بنات زوجته وبنات أولاد زوجته. ويشترط في الصنف الرابع الدخول بالزوجات .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٣) - يحرم على الشخص بسبب المصاهرة التزوج من :

أ - زوج أحد أصوله وإن علوا أو أحد فروعه وإن نزلوا بمجرد العقد .

ب - أصول زوجه وإن علوا بمجرد العقد .

ج - فروع زوجته التي دخل بها دخولًا حقيقيًا وإن نزلن .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٥٨/٢) : المحرمات بالمصاهرة أربع فرق . **الفرقة الأولى** : أم =

= الزوجة وجدَّاتها من قِبل أبيها وأمها وإن علون فيحرم على الرجل أم زوجته بنص الكتاب العزيز وهو قوله ﷻ : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ معطوفًا على قوله ﷻ : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ سواء كان دخل بزوجته أو كان لم يدخل بها عند عامة العلماء . **وقال مالك وداود الأصفهاني ومحمد بن شجاع البلخي وبشر المريسي** : إن أم الزوجة لا تحرم على الزوج بنفس العقد ما لم يدخل ببنتها حتى إن من تزوج امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها أو ماتت ؛ لا يجوز له أن يتزوج أمها عند عامة العلماء وعندهم يجوز . والمسألة مختلفة بين الصحابة ﷺ، روي عن عمر وعلي وابن عباس وزيد بن ثابت وعمران بن حصين ﷺ مثل قول العامة . وروي عن عبد الله بن مسعود وجابر ﷺ مثل قولهم وهو إحدى الروايتين عن علي وزيد بن ثابت وعن زيد بن ثابت أنه فَصَل بين الطلاق والموت قال : في الطلاق مثل قولهما وفي الموت مثل قول العامة وجعل الموت كالدخول ؛ لأنه بمنزلة الدخول في حق المهر وكذا في حق التحريم ، احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ ذكر أمهات النساء وعطف ربائب النساء عليهن في التحريم بحرف العطف ثم عقب الجملتين بشرط الدخول .

والأصل : أن الشرط المذكور والاستثناء بمشيئة الله تعالى عقيب جمل معطوف بعضها على بعض بحرف العطف كل جملة مبتدأ وخبره ينصرف إلى الكل لا إلى ما يليه ، خاصة كمن قال : عبده حر وامرأته طالق وعليه حج بيت الله تعالى إن فعل كذا ، أو قال : إن شاء الله تعالى ، فهذا كذلك فينصرف شرط الدخول إلى الجملتين جميعًا فلا تثبت الحرمة بدونه ، ولنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ كلام تام بنفسه منفصل عن المذكور بعده ؛ لأنه مبتدأ وخبر إذ هو معطوف على ما تقدم ذكره من قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ إلى قوله ﷻ : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ والمعطوف يشارك المعطوف عليه في خبره ويكون خبر الأول خبرًا للثاني كقوله : جاءني زيدٌ وعمرو معناه جاءني عمرو فكان معنى قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ أي : وحرمت عليكم أمهات نسائكم وأنه مطلق عن شرط الدخول فمن ادعى أن الدخول المذكور في آخر الكلمات منصرف إلى الكل فعليه الدليل .

وروي عن عبد الله بن عمر ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « إذا نكح الرجل امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها ؛ فله أن يتزوج ابنتها ، وليس له أن يتزوج الأم » وهذا نص في المسألتين ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده ؛ فلا بأس أن يتزوج بنتها ، وأيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده ، فلا يحل له أن يتزوج أمها » وهذا نص في المسألتين ، وعن عبد الله بن عباس ﷺ أنه قال في هذه الآية الكريمة : أبهموا ما أبهم الله تعالى أي : أطلقوا ما أطلق الله تعالى ، وكذا روي عن عمران بن حصين أنه قال : الآية مبهمة - أي مطلقة - لا تفصل بين الدخول وعدمه . وما روي عن ابن مسعود ﷺ ؛ فقد روي الرجوع عنه ؛ فإنه روي أنه أفتى بذلك في الكوفة فلما أتى المدينة ولقي أصحاب رسول الله ﷺ فذاكرهم رجع إلى القول بالحرمة حتى روي أنه لما أتى الكوفة نهى من كان أفتاه بذلك فقيل : إنها ولدت أولادًا فقال : وإن ولدت ؛ ولأن هذا النكاح يفضي إلى قطع الرحم ؛ لأنه إذا طلق بنتها وتزوج بأمها حملها ذلك على الضغينة التي هي سبب القطيعة فيما بينهما ، وقطع الرحم حرام فما أفضى إليه يكون حرامًا لهذا المعنى حرم الجمع بين المرأة وبنتها وبين المرأة وأمها =

= وبين عمتها وخالتها على ما نذكر - إن شاء الله تعالى - بخلاف جانب الأم حيث لا تحرم بنتها بنفس العقد على الأم ؛ لأن إباحة النكاح هناك لا تؤدي إلى القطع ؛ لأن الأم في ظاهر العادات تؤثر بنتها على نفسها في الحظوظ والحقوق ، والبنت لا تؤثر أمها على نفسها معلوم ذلك بالعادة . وإذا جاء الدخول تثبت الحرمة ؛ لأنه تأكدت مودتها لاستيفائها حظها ، فتلحقها الغضاضة فيؤدي إلى القطع ؛ ولأن الحرمة تثبت بالدخول بالإجماع ، والعقد على البنت سبب الدخول بها ، والسبب يقوم مقام المسبب في موضع الاحتياط ، ولهذا تثبت الحرمة بنفس العقد في منكوحة الأب وحليلة الابن ، كان ينبغي أن تحرم الربيبة بنفس العقد على الأم إلا أن شرط الدخول هناك عرفناه بالنص فبقي الحكم في الآية على أصل القياس .

(وأما) قولهم : إن الشرط المذكور في آخر كلمات معطوف بعضها على بعض والاستثناء بمشيئة الله تعالى ملحق بالكل فنقول : هذا الأصل مسلم في الاستثناء بمشيئة الله تعالى والشرط المصرح به فأما في الصفة الداخلة على المذكور في آخر الكلام فممنوع ؛ بل يقتصر على ما يليه فإنك تقول : جاءني زيدٌ ومحمدٌ العالم ، فتقتصر صفة العلم على الذي يليه دون زيد وقوله ﷻ : ﴿ ٱلَّتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ ﴾ وصفٌ بالدخول بهن لا شرط ، ومن ادعى إلحاق الوصف بالشرط فعليه الدليل على أنه يحتمل أن يكون بمعنى الشرط فيلحق الكل ، ويحتمل أن لا يكون فيقتصر على ما يليه فلا يلحق بالشك والاحتمال ، وإذا وقع الشك والشبهة فيه ، فالقول لما فيه الحرمة أولى احتياطًا على أن هذه الصفة إن كانت في معنى الشرط لكن اللفظ متى قرن به شرط أو صفة لإثبات حكم يقتضي وجوده عند وجوده إما لا يقتضي عدمه عند عدمه ؛ بل عدمه ووجوده عند عدم الشرط والصفة يكون موقوفًا على قيام الدليل ، وفي نفس هذه الآية الكريمة ما يدل عليه فإنه قال ﷻ ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ ﴾ ولو كان التقييد بالوصف نافيًا الحكم في غير الموصوف لكان ذلك القدر كافيا ، ونحن نقول بحرمة الأم عند الدخول بالربيبة وبحرمة الربيبة عند الدخول بالأم بظاهر الآية الكريمة ، وليس فيها نفي الحرمة عند عدم الدخول ولا إثباتها فيقف على قيام الدليل وقد قام الدليل على حرمة الأم بدون الدخول ببنتها وهو ما ذكرنا فتثبت الحرمة ، ولم يقم الدليل على حرمة الربيبة قبل الدخول بالأم فلا تثبت الحرمة . والله ﷻ أعلم .

وأما جدات الزوجة من قبل أبيها وأمها : فإنها عرفت حرمتهن بالإجماع ، ولما ذكرنا من المعنى في الأمهات لا بعين النص إلا على قول من يجيز اشتمال اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز عند عدم التنافي بين حكميهما على ما ذكرنا ، ثم إنما تحرم الزوجة وجداتها بنفس العقد إذا كان صحيحًا فأما إذا كان فاسدًا فلا تثبت الحرمة بالعقد بل بالوطء أو ما يقوم مقامه من المس عن شهوة والنظر إلى الفرج عن شهوة على ما نذكر ؛ لأن الله تعالى حرم على الزوج أم زوجته مضافًا إليه ، والإضافة لا تنعقد إلا بالعقد الصحيح فلا تثبت الحرمة إلا به » .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٢٧١/٦) : « ما يحرم من النكاح وهو قسمان : مؤبد ، وغيره . **والأول أسبابه ثلاثة** : قرابة ، ورضاع ، ومصاهرة . **وفي ضبط ذلك عبارتان** : **إحداهما** : يحرم على الرجل أصوله وفصوله ، وفصول أول أصوله ، وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول . **فالأصول** : الأمهات ، **والفصول** : البنات ، **وفصول أول الأصول** : الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت ، **وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول** : العمات والخالات ، وهذه للأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني . **ثانيهما** : تلميذ أبي منصور =

= البغدادي ورجحها الرافعي ، وهي أنص على الإناث وأخصر ، وجاءت على نمط قوله تعالى : ﴿ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ﴾ الآية ، فدل على أن من عداهن من الأقارب ممنوع أنه يحرم جميع من شملته القرابة غير ولد العمومة وولد الخؤولة ، وعد بعضهم من الموانع اختلاف الجنس فلا يجوز للآدمي نكاح جنية .
قاله العماد بن يونس وأفتى به ابن عبد السلام ، وخالف في ذلك القمولي وهو الأوجه (تحرم الأمهات) أي : نكاحهن وكذا جميع ما يأتي ؛ لأن الأعيان لا توصف بحل ولا حرمة (وكل من ولدتك أو ولدت من ولدك) وهي الجدة من الجهتين وإن علت (فهي أمك) حقيقةً عند انتفاء الواسطة ومجازًا عند وجودها على الأصح وحرمة أزواجه ﷺ وسلم لكونهن أمهات المؤمنين في الاحترام ، فهي أمومة غير ما نحن فيه (والبنات) ولو احتمالًا كالمنفية باللعان ؛ لأنها لم تنتف عنه قطعًا ، ولهذا لو أكذب نفسه لحقته ، ومع النفي هل يثبت لها من أحكام النسب شيء سوى تحريم نكاحها حيث لم يدخل بأمها كقبول شهادته لها ووجوب القصاص عليه بقتلها والحد بقذفه لها والقطع بسرقة مالها أو لا ، وجهان : **أوجههما** : كما أفاده الوالد رحمه الله ، **ثانيهما** : كما اقتضى كلام الروضة تصحيحه ، وإن قيل إنما وقع ذلك في النسخ السقيمة . **قال البلقيني** : وهل يأتي الوجهان في انتقاض الوضوء بلمسها وجواز النظر إليها والخلوة بها ، أو لا إذ لا يلزم من ثبوت الحرمة المحرمية كما في الملاعنة وأم الموطوءة بشبهة وبنتها ، والأقرب عندي عدم ثبوت المحرمية انتهى . والأوجه حرمة النظر والخلوة بها احتياطًا وعدم نقض الوضوء بلمسها للشك ، كما يؤخذ مما مر في أسباب الحدث (وكل من ولدتها ، أو ولدت من ولدها) وإن سفل (فهي بنتك) حقيقةً ومجازًا نظير ما مر (قلت : والمخلوقة من) ماء (زناه تحل له) لأنها أجنبية عنه ؛ إذ لا يثبت لها توارث ولا غيره من أحكام النسب ، وإن أخبره صادق كعيسى عليه السلام وقت نزوله بأنها من مائه ؛ لأن الشرع قطع نسبها عنه فلا نظر لكونها من ماء سفاح ، نعم يكره له نكاحها خروجًا من الخلاف (ويحرم على المرأة) وعلى سائر محارمها (ولدها من زنا ، والله أعلم) إجماعًا ؛ لأنه بعضها وانفصل منها إنسانًا ، ولا كذلك المني ، ومن ثم أجمعوا هنا على إرثه (والأخوات) من جهة أبويك أو أحدهما ، نعم لو زوجه الحاكم مجهولة النسب ثم استلحقها أبوه بشرطه ولم يصدقه هو ثبتت أخوتها له وبقي نكاحه ، كما نص عليه وجرى عليه العبادي والقاضي غير مرة قالوا : وليس لنا من يطأ أخته في الإسلام غير هذا ، ولو مات الزوج فينبغي أن ترث منه زوجته بالزوجية لا بالأختية ؛ لأن الزوجية لا تحجب ، بخلاف الأختية فهي أقوى السببين ، فإن صدق الزوج والزوجة انفسخ النكاح ، ثم إن كان قبل الدخول فلا شيء لها ، أو بعده فلها مهر المثل ، وقيس بهذه الصورة ما لو تزوجت بمجهول النسب فاستلحقه أبوها ثبت نسبه ، ولا ينفسخ النكاح إن لم يصدقه الزوج ، وإن أقام الأب بينة في الصورة الأولى ثبت النسب وانفسخ النكاح وحكم المهر ما مر ، وإن لم تكن بينة وصدقته الزوجة فقط لم ينفسخ النكاح لحق الزوج ، لكن لو أبانها لم يجز له بعد ذلك تجديد نكاحها ؛ لأن إذنها شرط وقد اعترفت بالتحريم . وأما المهر فلازم للزوج ؛ لأنه يدعي ثبوته عليه لكنها تنكره ، فإن كان قبل الدخول فنصف المسمى ، أو بعده فكله ، وحكمها في قبضه كمن أقر لشخص بشيء وهو ينكره ومر حكمه في الإقرار ، ولو وقع الاستلحاق قبل التزويج لم يجز للابن نكاحها (وبنات الأخوة والأخوات) وإن سفلن (والعمات والخالات وكل من هي أخت ذكر ولدك) وإن علا من جهة الأب ، أو الأم وسواء أخته لأبويه ، أو لأحدهما (فعمتك ، أو أخت أنثى ولدك) وإن علت من جهة =

= الأب ، أو الأم سواء أختها لأبويها ، أو لأحدهما (فخالتك) وعلم مما مر أن الأخصر من هذا كله أن يقال يحرم كل قريب إلا ما دخل في ولد العمومة ، أو الخؤولة (ويحرم هؤلاء السبع بالرضاع أيضًا) أي : كما حرمن من النسب للنص على الأمهات والأخوات في الآية وللخبر المتفق عليه (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) وفي رواية (ما يحرم من الولادة) (وكل من أرضعتك أو أرضعت من أرضعتك ، أو) أرضعت (من ولدك) ولو بواسطة (أو ولدت مرضعتك ، أو) ولدت ، أو أرضعت (ذا) أي : صاحب (لبنها) شرعًا كحليل المرضعة الذي اللبن له وإن ولدته بواسطة (فأم رضاع) شرعًا .

(وقس) بذلك (الباقي) من السبع المحرمة بالرضاع ، فالمرتضعة بلبنك ، أو بلبن فرعك ولو من الرضاع وبنتها كذلك وإن سفلت بنت رضاع ، والمرتضعة بلبن أصلك ولو من الرضاع وإن سفلت ، ومرتضعة بلبن أخيك ، أو ابن أخيك وبنتها نسبًا ، أو رضاعًا وإن سفلت بنت أخ ، أو أخت رضاع وأخت فحل ، أو مرضعة وأخت أصلها نسبًا ، أو رضاعًا ، ومرتضعة بلبن أصل نسبًا ، أو رضاعًا عمة رضاع ، أو خالته (ولا تحرم عليك من أرضعت أخاك) ، أو أختك ، وإنما حرمت أم أخيك نسبًا ؛ لأنها أمك ، أو موطوءة أبيك (و) لا من أرضعت (نافلتك) أي : ولد ولدك ؛ لأنها كالتي قبلها أجنبية عنك وحرمت أمه نسبًا ؛ لأنها بنت أو موطوءة ابن (ولا أم مرضعة ولدك) كذلك وهي نسبًا أم موطوءتك (وبنتها) أي المرضعة ، كذلك ، وهي نسبًا بنت أو ربيبة ، فعلم أن هذه الأربعة لا تستثنى من قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، لما علمت أن سبب انتفاء التحريم عنهن رضاعًا انتفاء جهة المحرمية نسبًا ، فلذا لم يستثنها كالمحققين فاستثناؤها في كلام غيرهم صوري ، وزيد عليها أم العم وأم العمة ، وأم الخال وأم الخالة وأم الأخ وأم الأخت فهؤلاء يحرمن نسبًا لا رضاعًا كما تقرر . وصورة الأخيرة امرأة لها ابن ارتضع من أجنبية ذات ابن فهذا له نكاح أم أخيه المذكورة .

(ولا) يحرم عليك (أخت أخيك) الذي من النسب أو الرضاع (بنسب ولا رضاع) متعلق بأخت بدليل قوله : (وهي) نسبًا (أخت أخيك لأبيك لأمه) بأن كان لأم أخيك لأبيك بنت من غير أبيك (وعكسه) أي : أخت أخيك لأمك لأبيه : أي بأن كان لأبي أخيك لأمك بنت من غير أمك ورضاعًا أخت أخيك لأب ، أو أم رضاعًا بأن أرضعتهما أجنبية عنك (وتحرم) عليك بالمصاهرة (زوجة من ولدت) وإن سفل من نسب ، أو رضاع (أو ولدك) وإن علا (من نسب ، أو رضاع) ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ ﴾ ومنطوق خبر : يحرم من الرضاع ، السابق يعين حمل من أصلابكم على أنه لإخراج المتبني دون ابن الرضاع ؛ ولقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ (و) يحرم عليك (أمهات زوجتك منهما) أي : النسب والرضاع وإن علون وإن لم يدخل بها لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ ﴾ . وحكمته : ابتلاء الزوج بمكالمتها والخلوة بها لترتيب أمر الزوجية ، فحرمت كسابقتيها بنفس العقد ليتمكن من ذلك ولا كذلك البنت ، نعم يشترط حيث لا وطء صحة العقد لانتفاء حرمة الفاسد ما لم ينشأ عنه وطء ، أو استدخال لأنه حينئذ وطء شبهة وهو محرم كما يأتي . (وكذا بناتها) أي : زوجتك ولو بواسطة سواء بنات ابنها وبنات بنتها وإن سفلت (إن دخلن بها) بأن وطئها في حياتها ولو في الدبر وإن كان العقد فاسدًا وكذا إن استدخلت ماءك المحترم حالة إنزاله على الراجح كما أفتى به الوالد رحمه الله ، وإن لم يكن محترمًا حال الاستدخال خلافًا للماوردي ومن تبعه ؛ إذ هو كالوطء في أكثر أحكامه في هذا الباب وغيره =

= لقوله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ الآية ، ولم يعد دخلتم لأمهات نسائكم أيضًا وإن اقتضته قاعدة الشافعي رحمه الله من رجوع الوصف ونحوه لسائر ما تقدمه ؛ لأن محله إن اتحد العامل وهو هنا مختلف ؛ إذ عامل نسائكم الأولى الإضافة ، والثانية حرف الجر ، ولا نظر مع ذلك لاتحاد عملهما خلافًا للزركشي ؛ لأن اختلاف العامل يدل على استقلال كل بحكم ، ومجرد الاتفاق في العمل لا يدل على ذلك كما لا يخفى ، وذكر الحجور جرى على الغالب فلا مفهوم له ، وعلم من كلام المصنف عدم تحريم بنت زوج الأم ، أو البنت ، أو أمه وعدم تحريم أم زوجة الأب ، أو الابن ، أو بنتها ، أو زوجة الربيب أو الراب لخروجهن عن المذكورات » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢/١٥ ، ١٦) : « (و) السبع (اللواتي) يحرمن (من الرضاع والصهر) يجمعها قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ولو كانت المرضعة صغيرة لا يولد لها ، أو كانت ميتة حيث كان في ثديها لبن ولو مع الشك على الأظهر ، أو كانت الذات المرضعة خنثى مشكلا كما نص على ذلك شراح خليل ، (و) حرم عليكم أيضًا ﴿ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ كان رضعكم مصاحبًا لرضعهن أو سابقًا أو متأخرًا ؛ لأن الذي يرضع من امرأة يقدر كأنه نزل من بطنها ، فجميع أولادها إخوة له ، كما يأتي في بابه ، ولم ينص في القرآن على المحرم بالرضاع إلا على الأمهات والأخوات وبواقي السبع بالصهر ، وأشار إليهن بقوله : (وأمهات نسائكم) وهي كل امرأة لها على زوجتك ولادة أو رضاع ولو بواسطة ، فيشمل جدة الزوجة وإن علت سواء جدتها من قبل أبيها أو أمها من نسب أو رضاع ، والمراد زوجتك من عقدت عليها ولو لم يحصل تلذذ بها ؛ لأن العقد على البنات يحرم الأمهات ، وسواء عقد له عليها في حال بلوغه أو صباه (و) حرم عليكم أيضًا (ربائبكم) وهي بنات الزوجة (اللاتي في حجوركم من نسائكم) ووصف الربائب باللاتي في الحجور طردي أو غير معتبر المفهوم ، بخلاف وصف الأمهات بقوله : (اللاتي دخلتم) أي : تلذذتم (بهن) لأن مجرد العقد غير محرم للقاعدة المقررة من أن التلذذ بالأمهات يحرم البنات ، والعقد على البنات يحرم الأمهات . قال خليل عاطفًا على حرم : وبتلذذه وإن بعد موتها ولو بنظر فصولها . قال الأجهوري في شرحه : ولو كانت صغيرة بحيث لا تشتهى ، أو كان النظر إليها من فوق حائل يصف حيث كان النظر لغير الوجه والكفين ، وأما لو انضم للنظر فعل كلمس ؛ فينبغي الحرمة ولو للوجه أو الكفين حيث وجدت اللذة لا إن لم توجد ، ولو قصدت فلا تحرم ، كما لا يحرم الالتذاذ بالكلام ، ولعل وجه الفرق قوة الالتذاذ بالنظر دون الكلام ، ثم صرح بمفهوم دخلتم بقوله : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ أي : بنسائكم بل طلقتموهن بعد العقد ولو كان صحيحًا ﴿ فَلَا جُنَاحَ ﴾ أي : لا حرج ﴿ عَلَيْكُمْ ﴾ في نكاح بناتهن لما عرفته من أن البنات إنما تحرم بالتلذذ بالأمهات .

(تنبيه) علم مما قررنا أن المراد بالدخول في كلام الله تعالى : التلذذ ولو من غير اختلاء بالزوجة ؛ لأن المصنف أشار بهذا وما قبله إلى القاعدة المشهورة عند فقهائنا وهي أن العقد على البنات يحرم الأمهات ولو فاسدًا حيث اختلف فيه ، والتلذذ بالأمهات بعد العقد عليهم يحرم بناتهن ، ولعل الحكمة في ذلك قوة محبة الأم للبنت بخلاف العكس ، فالأم أشد برًا بالبنت دون العكس ، فلذلك لم يكن العقد عليها بمجرده مُحَرِّمًا بنتها . (و) حرم عليكم ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ ﴾ جمع حليلة وهن زوجات ﴿ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ ﴾ والمراد =

= من عقد عليهن الأبناء ولو فاسدًا حيث اختلف فيه ، ولو كان المعقود له صغيرًا جدًّا والمراد الفرع وإن سفل ، واحترز بقوله : من أصلابكم من الابن بالتبني ، فلا تحرم عليك حليلته ولو كان قد دخل بها ، فقد « تزوج ﷺ زينب بنت جحش زوجة زيد بن حارثة ، وقد كان ﷺ تبناه حتى كان يدعى زيد بن محمد » ، حتى نزل قوله تعالى : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ وذلك أن المنافقين واليهود لما تزوجها ﷺ قالوا : تزوج محمد ﷺ حليلة ابنه وكان ينهى الناس عن ذلك ، فأنزل الله تعالى قوله : ﴿ لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِىٓ أَزْوَٰجِ أَدْعِيَآئِهِمْ ﴾ الآية ، تكذيبًا لهم وتصريحًا بالجواز .

(**تنبيهات**) : **الأول** : جعلنا محترز ﴿ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ ﴾ ابن التبني فقط ؛ لأن الابن من الرضاع حكم ابن الصلب في حرمة حليلته ، وإن كانت حرمة حليلة ابن الرضاع مستندة للإجماع لقوله ﷺ : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » لما تقرر من أن ابن الرضاع يقدر كأنه من ظهر الرجل صاحب اللبن ، ومن بطن المرأة التي أرضعته ، فلا يحل لأبيه فرعه وإن سفل ، ولا يحرم له هو أخذ أم أو جدة أبيه ، ولا أولاد أبيه ، ولا أولاد أمه وإن سفلن ؛ لأنهن أخوات وأولاد أخوات .

قال خليل : وقدر الطفل خاصة ولدا لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه لانقطاعه وإن بعد سنين . **الثاني** : مفهوم حلائل الأبناء أن جواري الأبناء لا تحرم على الآباء بمجرد الملك وهو كذلك ، وإنما يحرم التلذذ ولو بغير الوطء حيث تلذذ بهن بعد بلوغه على المعتمد ؛ لأن الضابط أن ما يحصل فيه التحريم بالعقد وهو التحريم بالمصاهرة لا يشترط في المعقود له البلوغ ، بخلاف ما يتوقف فيه التحريم على التلذذ ، فيشترط فيه بلوغ المتلذذ من زوج أو مالك ، ومثل الوطء مقدماته ولا بد من تحقق التلذذ ، وأما لو حصل فيه الشك ؛ فأشار إليه خليل بقوله : وإن قال الأب نكحتها أو وطئت أمه عند قصد الابن ذلك وأنكر ندب التنزه ، وفي وجوبه إن فشا تأويلان ، وفي الأجهوري في شرح خليل : من ملك جارية ابنه أو أبيه بعد موته ولم يعلم هل وطئها أم لا ، فقال ابن حبيب : لا تحل ، واستحسنه اللخمي في العلي وقال : يندب في ما لو خشي أن لا يصيب ولا تحرم ، وكذا إن باعها الأب لابنه والابن لأبيه ثم غاب البائع قبل أن يسأل . **الثالث** : الوطء المستند للبيع الفاسد كالوطء المستند للنكاح الفاسد ، فيفرق بين ما اختلف فيه فيحرم وطؤه ، وما اتفق عليه لا يحرم وطؤه إلا إن درأ الحد ، قاله الأجهوري . **الرابع** : قد قدمنا غير مرة أن ما يحصل في التحريم بالعقد العقد الفاسد المختلف فيه كالصحيح إذا وقع العقد على غير وجه الإكراه ، وأما لو وقع بالإكراه فقال الأجهوري : الذي ينبغي الجزم به أنه لا يحرم ، وأما لو وطئ مع الإكراه ؛ فعلى عدم الحد يحرم ، وعلى الحد يجري فيه الخلاف في الزنا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٨٥) : « تحريم المصاهرة ، والمنصوص عليه أربع ، أمهات النساء ، فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها ، من نسب أو رضاع ، قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود ، وابن عمر ، وجابر ، وعمران بن حصين ، وكثير من التابعين ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي .

وحكي عن علي ﷺ أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها ، كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول ولنا قول الله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ والمعقود عليها من نسائه ، فتدخل أمها في عموم الآية . قال ابن عباس : « أبهموا ما أبهم القرآن » يعني عمموا حكمها في كل حال ، ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها . وروى عمرو =

= ابن شعيب عن أبيه ، عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها ، فلا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له أن يتزوج أمها » رواه أبو حفص بإسناده ، وقال زيد : تحرم بالدخول أو بالموت ؛ لأنه يقوم مقام الدخول .

وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقًا ، سواء وجد الدخول أو الموت أو لا ؛ ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم ، فحرمت بنفس العقد ، كحليلة الابن والأب . **الثانية** : بنات النساء اللاتي دخل بهن ، وهن الربائب ، فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن ، وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع ، قريبة أو بعيدة ، وارثة أو غير وارثة ، على حسب ما ذكرنا في البنات ، إذا دخل بالأم حرمت عليه ، سواء كانت في حجره أو لم تكن ، في قول عامة الفقهاء ، إلا أنه روي عن عمر وعلي ﷺ أنهما رخصا فيها إذا لم تكن في حجره وهو قول داود لقول الله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم ﴾ قال ابن المنذر : وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول ، وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا : « وقال النبي ﷺ لأم حبيبة : لا تعرضن علي بناتكن ، ولا أخواتكن » ولأن التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات ، وأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط ، وإنما وصفها بذلك تعريفًا لها بغالب حالها ، وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه وإن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها ، في قول عامة علماء الأمصار إذا بانت من نكاحه ، إلا أن يموت قبل الدخول ، ففيه روايتان :

إحداهما : تحرم ابنتها . وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر ؛ لأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق ، فيقوم مقامه في تحريم الربيبة .

والثانية : لا تحرم وهو قول علي ومذهب عامة العلماء . قال ابن المنذر : أجمع عوام علماء الأمصار على أن الرجل إذا تزوج المرأة ، ثم طلقها ، أو ماتت قبل الدخول بها ؛ جاز له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، ومن تبعهم ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف ، وحديث عبد الله بن عمرو وقد ذكرناه ؛ ولأنها فرقة قبل الدخول ، فلم تحرم الربيبة . كفرقة الطلاق ، والموت لا يجري مجرى الدخول في الإحصان والإحلال وعدة الأقراء ، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر ، ولو قام مقامه من كل وجه ، فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لقياس ولا غيره إذا ثبت هذا ، فإن الدخول بها هو وطؤها ، كني عنه بالدخول ، فإن خلا بها ولم يطأها ، لم تحرم ابنتها ؛ لأنها غير مدخول بها .

وظاهر قول الخرقي تحريمها ؛ لقوله : فإن خلا بها وقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولهما وكان حكمها حكم المدخول في جميع أمورها ، إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثًا ، وفي الزنا ، فإنهما يجلدان ولا يرجمان وسنذكره فيما بعد إن شاء الله .

الثالثة : حلائل الأبناء ، يعني أزواجهم ، سميت امرأة الرجل حليلته ؛ لأنها محل إزار زوجها ، وهي محللة له ، فيحرم على الرجل أزواج أبنائه ، وأبناء بناته ، من نسب أو رضاع ، قريبًا كان أو بعيدًا بمجرد العقد ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ﴾ ولا نعلم في هذا خلافًا . =

١٨٧ - **ويحرم بالمصاهرة أنواع أربعة أيضا :**

الأول : فرع زوجته المدخول بها .

الثاني : أصول زوجته .

الثالث : زوجة فروعه وإن سفلوا .

الرابع : زوجة أصوله وإن علوا .

١٨٨ - **فبالأول** : يحرم على الرجل أن يتزوج : بنت زوجته التي دخل بها ، لقوله تعالى في الآية السالفة : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ (١) . لثبوت قيد الدخول فيها ، سواء كانت في حجره أو في حجر غيره ؛ لأن ذكر الحجور في الآية خرج مخرج العادة لا الشرط ، إذ العادة أن المرأة إذا تزوجت وكان لها بنت تأخذها معها إلى منزل زوجها ، وحينئذ تكون في حجره . ويجوز أن يكون ذكر الحجر للتشنيع عليهم بذكر قبيح فعلهم ، لا لتعلق الحكم به ، كما في قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً ﴾ (٢) ، وقوله : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا ﴾ (٣) .

١٨٩ - ويدل لك على هذا : أنه اكتفى في الإحلال بنفي الدخول في قوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ (٤) . ولو كان الحجر شرطًا ؛ لما اكتفى بنفي الدخول ، بل كان يقول : فإن لم تكونوا دخلتم بهن ، ولسن في

= **الرابعة** : زوجات الأب ، فتحرم على الرجل امرأة أبيه ، قريبًا كان أو بعيدًا ، وارثًا كان أو غير وارث ، من نسب أو رضاع لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ وقال البراء بن عازب : لقيت خالي ، ومعه الراية ، فقلت : أين تريد ، قال : أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله . رواه النسائي . وفي رواية قال : لقيت عمي الحارث بن عمرو ، ومعه الراية فذكر الخبر كذلك . رواه سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه ، أو امرأة جده لأبيه ، وجده لأمه ، قرب أم بعد ، وليس في هذا بين أهل العلم خلاف علمناه والحمد لله . ويحرم عليه من وطئها أبوه ، أو ابنه ، بملك يمين أو شبهة ، كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح .

قال ابن المنذر : الملك في هذا والرضاع بمنزلة النسب ، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ، ومكحول ، وقتادة ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا نحفظ عن أحد خلافهم » .

(١) النساء : ٢٣ . (٢) آل عمران : ١٣٠ .

(٣) النساء : ٦ . (٤) النساء : ٢٣ .

حجوركم ، فلا جناح عليكم . وبعضهم يقول : لا تحرم بنت الزوجة ؛ إلا إذا دخل الزوج بأمها ، وكانت في حجره . مستدلًا بظاهر هذه الآية ، وقد عرفت الجواب عنه .

١٩٠ - **ويشترط في التحريم بالدخول** : أن يكون هو مشتهًى وهي مشتهاة أيضًا ؛ بأن كانا بالغين أو مراهقين . فإن كان كل منها غير مشتهًى وقته ، أو كان هو مشتهى وهي غير مشتهاة ، أو بالعكس ، وحصلت الفرقة بينهما ، فلا يثبت التحريم ، ولو بعد الدخول . فإذا تزوج صغيرة لا تشتهى ؛ فدخل بها ؛ وطلقها ؛ وانقضت عدتها ؛ فتزوجت بغيره ؛ وأتت منه ببنت ، جاز للأول التزوج ببنتها ؛ لعدم الاشتهاء . ومثله : ما إذا تزوج صغير امرأة مشتهاة ، ودخل بها ، وافترقا قبل اشتهائه ، وكان لها بنت ، جاز له التزوج بها . وبنت خمس لا تكون مشتهاة اتفاقًا ، وبنت تسع فصاعدًا مشتهاة اتفاقًا ، وفيها بين الخمس والتسع اختلاف الرواية والمشايخ ، والأصح : أنها لا تثبت الحرمة . والذي حققه ابن عابدين [١] في الغلام : أنه يكون مراهقًا إذا بلغ سنه اثنتي عشرة سنة . ومثل هذا : ما إذا وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول ، بأن ماتت المرأة ، أو طلقها قبله ، فلا تحرم عليه بنتها ؛ لاشتراط الدخول في الآية ، ولم يوجد .

وبالثاني يحرم على الرجل أن يتزوج : أم زوجته ، وجدتها من أي جهة كانت ، سواء دخل بزوجته أو لم يدخل ، لقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ [٢] . ولم يشترط الدخول كما اشترطه في البنت ، ولفظ الأمهات يشمل الجدات كما عرف ذلك مما تقدم .

١٩١ - **وبالثالث وبالرابع تحرم** : زوجة أبيه ، وزوجة ابنه وإن بعد الأب والابن ، بأن كان أبا الأب ، أو أبا الأم ، أو أبا أم الأب وإن علا ، أو كان ابن الابن وإن سفل .

١٩٢ - **أما حرمة زوجة الأصل** ، فلقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [٣] . ولفظ الآباء يتناول الآباء والأجداد .

١٩٣ - وأما حرمة زوجة الفرع ، فلقوله تعالى : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ ﴾ [٤] . وذكر الأصلاب ، لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاع . ولفظ الأبناء يتناول أبناء الأولاد وإن سفلوا .

---

(١) هو : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الشافعي الحنفي علامة عصره اخذ عن الشيخ الأمير المصري ، وأجازه محدث الديار الشامية الشيخ محمد الكزبري ، وأخذ عنه كثير من العلماء ، له مصنفات كثيرة مطبوعة في الفقه وغيره ، توفي بدمشق سنة ١٢٥٣هـ ودفن بمقبرة باب الصغير . انظر : الكنى والألقاب للشيخ عباس القمي (١/٣٤٥) .

(٢) النساء : ٢٣ .

(٣) النساء : ٢٢ .

(٤) النساء : ٢٣ .

١٩٤ - ولا يشترط في التحريم دخول الفرع والأصل بالزوجة ؛ لإطلاق النص ، ولكن محل الإطلاق إذا كان العقد صحيحًا ؛ فلو فاسدًا لم يثبت التحريم إلا بالدخول أو ما يقوم مقامه .

١٩٥ - فالذي علم مما تقدم : أن الزوجة تحرم على أصول الزوج وعلى فروعه ، ويحرم على الزوج أصول الزوجة وفروعها فقط . وأما فروع الزوجة وأصولها ؛ فلا تحرم على أصول الزوج وفروعه ؛ فيجوز أن يتزوج رجل امرأة وابنه أو أبوه أمها أو بنتها من غيره [١] .

(مادة ٢٤)

يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَصْلَ مَزْنِيَّتِهِ وَفَرْعَهَا ، وَتَحْرُمُ الْمَزْنِيُّ بِهَا عَلَى أُصُولِهِ وَفُرُوعِهِ ، وَلاَ تَحْرُمُ عَلَيْهِمْ أُصُولُهَا وَفُرُوعُهَا [٢] .

١٩٦ - وأبو حنيفة [٣] يقول : من زنى بامرأة أو لمسها أو نظر إلى العضو المخصوص

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٣٤) : يحرم على الرجل :
١ - زوجة أصله أو فرعه وموطوءة أحدهما .
٢ - أصل موطوءته وفرعها وأصل زوجته .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : « المادة (٢٤) - يحرم على الشخص التزوج بفرعه من الزنا وإن نزل وكذا ابنته المنفية بلعان » .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٤/١) : « من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وإن علت ، وابنتها وإن سفلت ، وكذا تحرم المزني بها على آباء الزاني وأجداده وإن علوا ، وأبنائه وإن سفلوا ، كذا في فتح القدير » .

(٣) هو : أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن كاوس بن هرمز ، الكوفي ، التيمي ، الإمام فقيه الملة ، عالم العراق ، ولد ﷺ سنة ثمانين في حياة صغار الصحابة ، روى عن :عطاء بن رباح ، وعن الشعبي ، وعن طاووس ، ولم يصح ، وعن غيرهم ، وحدث عنه : خلق كثير منهم : إبراهيم بن طهمان ، وأسد بن عمرو البجلي ، وغيرهما ، قيل ليحيى بن معين : أبو حنيفة كان يصدق في الحديث فقال نعم صدوق .
وكان شعبة أو من تكلم في الرجال وكان حسن الرأي في أبي حنيفة ، وكان ﷺ ورعًا تقيًا ، يروي عنه أنه صلى العشاء والصبح بوضوء واحد أربعين سنة ، قرأ ذات ليلة القرآن كله في ركعة ، ويروى عنه : أنه ضرب غير مرة على أن يلي القضاء فلم يجب ، قال الإمام الشافعي عنه : الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة ، ومن آثاره : الفقه الأكبر في الكلام ، والمتعلم في العقائد ، والرد على القدرية ، وغيرهم ، توفي ﷺ شهيدًا في سنة خمسين ومائة وله سبعون سنة ، وعليه قبة عظيمة ومشهد فاخر ببغداد . انظر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٤٩/١) ، سير أعلام النبلاء (٥٢٩/٦) ، معجم المؤلفين (٣٢/٤) .

منها بشهوة ، ترتبت حرمات المصاهرة ، فيحرم على الزاني التزوج بفروع المزني بها وأصولها ، وتحرم المزني بها على أصول الزاني وفروعه ، ولا تحرم على أصول الزاني وفروعه أصول المزني بها ولا فروعها ، فيجوز لابن الزاني أن يتزوج أم مزنية أبيه وبنتها ، ويجوز لأبي الزاني التزوج بأم المزني بها وبنتها متبعًا في ذلك لسيدنا عمر وعمران بن الحصين [(١)] وجابر بن عبد اللّٰه وأبي بن كعب [(٢)] وعائشة [(٣)] وابن مسعود وابن عباس وجمهور التابعين . واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [(٤)] . بناء على أن النكاح هو الوطء حقيقة ؛ ولهذا حرم على الابن ما وطئ أبوه بملك اليمين . وبقوله عليه الصلاة والسلام : « **ملعون من نظر إلى فرج امرأة وبنتها** » [(٥)] . وبقوله ﷺ : « **من نظر إلى فرج امرأة ، لم تحل له أمها ولا ابنتها** » [(٦)] .

١٩٧ - **وقال الشافعي رحمه اللّٰه تعالى** : الزنى لا يوجب حرمة المصاهرة . واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا يحرم الحرام الحلال** » [(٧)] ؛ ولأنها نعمة ، فلا يكون المحظور

---

(١) هو : عمران بن الحصين بن عبيد بن خلف بن عبد نهم بن خرية بن جهمة بن غاضرة بن حبشية ابن كعب بن عمرو ، ويكنى عمران أبا نجيد أسلم قديمًا هو وأبوه وأخته ، وغزا مع رسول اللّٰه ﷺ ، غزوات ولم يزل في بلاد قومه وينزل إلى المدينة كثيرًا إلى أن قبض النبي ﷺ ومصرت البصرة فتحول إليها فنزلها إلى أن مات بها . انظر : الطبقات الكبرى - محمد بن سعد (ج ٧ ، ص ٩) .

(٢) هو : أبي بن كعب بن قيس بن عبيد بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار واسمه تيم اللات ، وقيل : تيم اللّٰه بن ثعلبة بن عمرو بن الخزرج الأكبر الانصاري الخزرجي المعاوى وإنما سمى النجار ؛ لأنه اختتن بقدوم وقيل ضرب وجه رجل بقدوم فنجره فقيل له النجار ، أول من كتب لرسول اللّٰه مقدمه المدينة أبى بن كعب ، وهو أول من كتب في آخر الكتاب وكتب فلان ابن فلان وكتب لأبي بكر الصديق ، وعمر بن الخطاب ، وعثمان بن عفان ، والزبير بن العوام ، وخالد ، اختلف في وقت وفاة أبى فقيل : توفي سنة اثنتين وعشرين في خلافة عمر ، وقيل : سنة ثلاثين في خلافة عثمان ، وهو الصحيح ، وكان أبيض الرأس واللحية لا يغير شيبه . انظر : أسد الغابة (٤٩/١) .

(٣) هي : عائشة بنت أبي بكر الصديق ، الصديقة بنت الصديق أم المؤمنين زوج النبي ﷺ وأشهر نسائه ، تزوجها النبي ﷺ قبل الهجرة بسنتين ، وبني بها وهي بنت تسع سنين بالمدينة ، روت عن النبي ﷺ أحاديث كثيرة ، وروى عنها : عمر بن الخطاب ، وكثير من الصحابة ومن التابعين ، وقال عنها رسول اللّٰه ﷺ : « فضل عائشة على النساء كفضل الثريد على سائر الطعام » وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض وعن الأحكام ، توفيت سنة سبع وخمسين هجريًّا . انظر : أسد الغابة (١٩٢/٧) ، الإصابة (١٣٩/٨) .

(٤) النساء : ٢٢ .

(٥) مصنف ابن أبي شيبة (١٦٢٣٤) .

(٦) مصنف ابن أبي شيبة (١٦٢٣٥) .

(٧) سنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : لا يحرم الحرام الحلال / ٢٠١٥) .

سببًا في زوالها ؛ ولأن الزنى لو كان مؤثرًا لحلل المزني بها للمطلق ثلاثًا . ومذهب الإمام الشافعي هو الظاهر (١) .

المحرمات بسبب الرضاع

(مادة ٢٥)

كُلُّ مَنْ تَحْرُمُ بِالْقَرَابَةِ وَالْمُصَاهَرَةِ تَحْرُمُ بِالرَّضَاعِ ، إِلاَّ مَا اسْتُثْنِيَ مِنْ ذَلِكَ فِي بَابِ الرَّضَاعِ (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٣٥) : ١ - يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه .

٢ - يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كل منها قل مقدارها أو كثر.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : تأبيد الحرمة بالرضاع : المادة (٢٦) : يحرم على التأبيد من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما استثني مما هو مبين في مذهب الإمام أبي حنيفة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٥) يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إذا وقع الرضاع في العامين الأولين وبلغ خمس رضعات مشبعات متيقنات .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٧/١) : « (المحرمات بالرضاع) كل من تحرم بالقرابة والصهرية تحرم بالرضاع على ما عرف في كتاب الرضاع ، كذا في محيط السرخسي » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٨٩/٤ ، ٢٩٠) : « السبب الثاني ، وهو الرضاع ، فقال (ويحرم هؤلاء السبع بالرضاع أيضًا) للآية ، ولخبر الصحيحين : « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » ، وفي رواية : « من النسب » ، وفي أخرى : « حرموا من الرضاعة ما يحرم من النسب » وضابط أمك من الرضاع : هو « كل من أرضعتك أو أرضعت من أرضعتك) أو صاحب اللبن (أو) أرضعت (من ولدك) بواسطة أو غيرها (أو ولدت مرضعتك) بواسطة أو غيرها (أو) ولدت (ذا) أي : صاحب (لبنها) وهو الفحل بواسطة أو غيرها (فأم رضاع) في الصور المذكورة (وقس) على ذلك (الباقي) من السبع المحرمة بالرضاع مما ذكر ، فضابط بنت الرضاع : هو كل امرأة ارتضعت بلبنك أو لبن من ولدته بواسطة أو غيرها أو أرضعتها امرأة ولدتها بواسطة أو غيرها ، وكذا بناتها من نسب أو رضاع وإن سفلن ، **وضابط أخت الرضاع** : هو كل من أرضعتها أمك أو ارتضعت بلبن أبيك أو ولدتها مرضعتك أو ولدك الفحل . **وضابط عمة الرضاع** : هو كل أخت للفحل ، أو أخت ذكر ولد الفحل بواسطة أو غيرها من نسب أو رضاع ، **وضابط خالة الرضاع** : هو كل أخت للمرضعة أو أخت أنثى ولدت المرضعة بواسطة أو غيرها من نسب أو رضاع . **وضابط بنات الإخوة وبنات الأخوات من الرضاع** : هو كل أنثى من بنات أولاد المرضعة والفحل من الرضاع والنسب ، وكذا كل أنثى أرضعتها أختك أو ارتضعت بلبن أخيك وبناتها وبنات أولادها من نسب أو رضاع (ولا يحرم عليك من أرضعت أخاك) أو أختك ، =

= ولو كانت من النسب حرمت ؛ لأنها إما أم أو موطوءة أب (و) لا من أرضعت (نافلتك) وهو ولد ولدك ، ولو كانت أم نسب حرمت عليك ؛ لأنها بنتك أو موطوءة ابنك (ولا أم مرضعة ولدك و) لا (بنتها) أي : بنت المرضعة ، ولو كانت المرضعة أم نسب كانت موطوءتك ، فتحرم أمها عليك وبنتها ، فهذه الأربعة يحرمن في النسب ولا يحرمن في الرضاع ، فاستثناها بعضهم من قاعدة : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . **قال في زيادة الروضة** : قال المحققون : لا حاجة إلى استثنائها ؛ لأنها ليست داخلة في الضابط ، ولهذا لم يستثنها الشافعي والجمهور ولا استثنيت في الحديث ؛ لأن أم الأخ لم تحرم لكونها أم أخ ، وإنما حرمت لكونها أمًّا أو حليلة أب ، ولم يوجد ذلك في الصورة الأولى ، وكذا القول في باقيهن . ا هـ .

وذكر الرافعي نحوه في كتاب الرضاع . وقال الإمام : قوله ﷺ : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » من جوامع الكلم ؛ فإنه شامل لقواعد حرمة الرضاع ، ولا يغادر منها شيئًا ، ولا يتطرق إليه تأويل ، ولا حاجة فيه إلى تتمة بتصرف قائس . قال : وهذا مستمر لا قصور فيه ولا استثناء منه ، وقد نظم بعضهم هذه الصور التي ذكرها المصنف ، فقال : أربع هن في الرضاع حلال ؛ وإذا ما نسبتهن حرام : جدة ابن وأخته ، ثم أم لأخيه ، وحافد ، والسلام . وزاد الجرجاني على هذه الأربعة ثلاث صور : أم العم والعمة ، وأم الخال والخالة ، وأخو الابن ، فإنهن يحرمن في النسب لا في الرضاع ، وصورة الأخيرة في امرأة لها ابن ثم إن ابنها ارتضع من امرأة أجنبية لها ابن ، فذلك الابن أخو ابن المرأة المذكورة ، ولا يحرم عليها أن تتزوج بهذا الذي هو أخ لابنها (ولا) يحرم عليك (أخت أخيك) وقوله : (من نسب ولا رضاع) متعلق بأخت لا بأخ (وهي) في النسب (أخت أخيك لأبيك لأمه) أي : الأخ ، وصورته أن يكون لك أخ لأب وأخت لأم ، فله أن ينكح أختك من الأم ، وصورته في الرضاع أن ترضعك امرأة وترضع صغيرة أجنبية منك ؛ فلأخيك نكاحها (وعكسه) في النسب أخت أخيك لأمك لأبيه ، بأن كان لأبي أخيك بنت من غير أمك فيجوز لك نكاحها ، وفي الرضاع أن ترضع امرأة أخاك وترضع معه صغيرة أجنبية منك فيجوز لك نكاحها .

تنبيه : صورة العكس مزيدة على المحرر والروضة كأصلها . ثم شرع في السبب الثالث وهو المصاهرة ، فقال : (وتحرم) عليك (زوجة من ولدت) بواسطة أو غيرها وإن لم يدخل ولدك بها لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] (أو) زوجة من (ولدك) بواسطة أو غيرها أبًا أو جدًّا من قبل الأب أو الأم وإن لم يدخل والدك بها لإطلاق قوله : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [النساء: ٢٢] . قال في الأم : يعني في الجاهلية قبل علمكم بتحريمه (من نسب أو رضاع) هو راجع لهما معًا . أما النسب : فللآية . وأما الرضاع : فللحديث المتقدم ، **فإن قيل** : إنما قال الله تعالى : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] فكيف حرمت حليلة الابن من الرضاعة ؟ . **أجيب** : بأن المفهوم إنما يكون حجة إذا لم يعارضه منطوق ، وقد عارضه هنا منطوق قوله ﷺ : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » .

فإن قيل : ما فائدة التقييد في الآية حينئذٍ ؟ . **أجيب** : بأن فائدة ذلك إخراج حليلة المتبني فلا يحرم على المرء زوجة من تبناه ؛ لأنه ليس بابن له حقيقة (وأمهات زوجتك) بواسطة أو بغيرها (منهما) أي : من نسب أو رضاع ؛ سواء أدخل بها أم لا لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] (وكذا بناتها) بواسطة أو غيرها (إن دخلت بها) في عقد صحيح أو فاسد لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] وذكر الحجور خرج مخرج =

= الغالب فلا مفهوم له ، **فإن قيل** : لم أعيد الوصف إلى الجملة الثانية ولم يعد إلى الجملة الأولى وهي : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] مع أن الصفات عقب الجمل تعود إلى الجميع ؟ . **أجيب** : بأن نسائكم الثاني مجرور بحرف الجر ، ونسائكم الأول مجرور بالمضاف وإذا اختلف العامل لم يجز الإتباع وتعين القطع ، واعترض بأن المعمول الجر وهو أحد .

تنبيه : قضية كلام الشيخ أبي حامد وغيره أنه يعتبر في الدخول أن يقع في حياة الأم ، فلو ماتت قبل الدخول ووطئها بعد موتها لم تحرم بنتها ؛ لأن ذلك لا يسمى دخولًا وإن تردد فيه الروياني ، **فإن قيل** : لِمَ لَمْ يعتبروا الدخول في تحريم أصول البنت واعتبروا في تحريمها الدخول . **أجيب** : بأن الرجل يبتلى عادة بمكالمة أمها عقب العقد لترتيب أموره فحرمت بالعقد ليسهل ذلك بخلاف بنتها ، وتقييد التحريم بالدخول يفهم تحريم الثلاث الأول بمجرد العقد ، وهو كذلك كما مر بشرط صحة العقد فلا يتعلق بالعقد الفاسد حرمة المصاهرة كما لا يتعلق به حل المنكوحة .

والحاصل : أن من حرم بالوطء لا يعتبر فيه صحة العقد كالربيبة ، ومن حرم بالعقد وهي الثلاث الأول فلا بد فيه من صحة العقد ، نعم لو وطئ في العقد الفاسد في الثلاث الأول حرم بالوطء فيه لا بالعقد ، **وظاهر كلام المصنف** : أن الربيبة لا تحرم باستدخال أمها ماء الزوج وليس مرادًا ؛ إذ في الروضة وأصلها الجزم بأن استدخال الماء يثبت المصاهرة إذا كان محترمًا بأن كان ماء زوجها ومقتضاه تحريم الربيبة ، وإن خالف في ذلك البلقيني ، وظاهر كلامه أيضًا حل البنت المنفية باللعان إذا لم يدخل بالملاعنة ؛ لأنها بنت زوجة لم يدخل بها ولم يثبت كونها بنتًا له ، وليس مرادًا بل الأصح تحريمها ؛ لأنها لا تنتفي عنه قطعًا كما مرت الإشارة إليه ، وعلم من كلامه عدم تحريم بنت زوج الأم أو البنت أو أمه ، وعدم تحريم أم زوجة الأب ، أو الابن أو بنتها ، أو زوجة الربيب ، أو الراب لخروجهن عن المذكورات (و) كل (من وطئ) في الحياة وهو واضح (امرأة بملك) سواء أكانت محرمة عليه على التأبيد أم لا (حرم عليه أمهاتها وبناتها وحرمت) هي (على آبائه وأبنائه) تحريمًا مؤبدًا بالإجماع ؛ ولأن الوطء بملك اليمين نازل منزلة عقد النكاح (وكذا الموطوءة) الحية (بشبهة في حقه) كأن ظنها زوجته أو أمته ، أو وطئ بفاسد شراء أو نكاح ؛ تحرم عليه أمهاتها وبناتها ، وتحرم على آبائه وأبنائه كما يثبت في هذا الوطء النسب ، ويوجب العدة ، وسواء كانت كما ظن أم لا (قيل أو حقها) بأن ظنته كما ظن مع علمه بالحال . **وحاصل هذا الوجه** : أنه يكتفي بقيام الشبهة من أحد الجانبين ، **أما الميتة** : فلا تثبت حرمة المصاهرة بوطئها كما جزم به الرافعي في الرضاع ، **وأما الخنثى** : فلا تثبت حرمة المصاهرة بوطئه لاحتمال كون العضو زائدًا . قاله أبو الفتوح .

تنبيه : قد يشعر تشبيه وطء الشبهة بملك اليمين أن وطء الشبهة يوجب التحريم والمحرمية ، وليس مرادًا بل التحريم فقط فلا يحل للواطئ بشبهة النظر إلى أم الموطوءة وبنتها ، ولا الخلوة والمسافرة بهما ، ولا مسهما كالموطوءة بل أولى ، فلو تزوجها بعد ذلك ودخل بها ثبتت المحرمية أيضًا كما يقتضيه كلامهم وما صححه من عدم تأثيره في حقها هو بالنسبة للتحريم لا المهر وتحقيق أحكام هذه المسألة أن شبهة الواطئ فقط تثبت حرمة المصاهرة والنسب والعدة لا المهر ، وشبهة الموطوءة فقط توجب المهر فقط لا المصاهرة والعدة والنسب ، ودخل تحت قوله : « في حقه » **صورتان** : الشبهة في حق الزوجة والزوج معًا ، وفي حق الزوج فقط ، **وخرج عنه صورتان** : شبهتها فقط ، وعدم شبهته (لا المزني بها) فلا يثبت بزناها حرمة المصاهرة فللزاني نكاح أم من زنى =

= بها وبنتها ولابنه وأبيه نكاحها هي ؛ لأن الله تعالى امتن على عباده بالنسب والصهر فلا يثبت بالزنا كالنسب .
تنبيه : استثني زنا المجنون فإنه يثبت به المصاهرة ولا حاجة إليه كما قال ابن شهبة فإن الصادر من المجنون صورة زنا لا زنا حقيقة ؛ لأنه ليس عليه إثم ولا حد ، ولو لاط شخص بغلام لم يحرم على الفاعل أم الغلام وبنته (وليست مباشرة) كلمس وقبلة (بشهوة) في زوجة وأمة أو أجنبية ، لكن بشبهة كما لو مس امرأة على فراشه ظنها زوجته (كوطء في الأظهر) ؛ لأنها لا توجب العدة فكذا لا توجب الحرمة ، **والثاني** : أنها كالوطء بجامع التلذذ بالمرأة ؛ ولأنه استمتاع يوجب الفدية على المحرم فكان كالوطء وبهذا قال جمهور العلماء .
تنبيه : تقييد الشهوة من زيادته على المحرر . قال في الدقائق : ولا بد منه أما اللمس بغيرها : فلا أثر له في التحريم عند المعظم . قال الزركشي : ويرد على المصنف لمس الأب جارية ابنه فإنها تحرم لما له من الشبهة في ملكه أي : فيجري فيها الخلاف بخلاف لمس الزوجة ، ذكره الإمام وتثبت العدة والمصاهرة والنسب فقط باستدخال ماء زوج ، وكذا أجنبي أو سيد بشبهة دون الإحصان والتحليل وتقرير المهر ووجوبه للمفوضة والغسل والمهر في صورة الشبهة ، واختلف في ثبوت الرجعة بذلك ، والذي جزم به ابن المقري هنا تبعًا لأصله عدم ثبوتها وهو مخالف لجزمهما بثبوتها في الكلام على التحليل وعلى الفسخ بالعنة ، وعليه اقتصر في الشرح الصغير وهو الأصح كما في المهمات .
قال : ونقل الماوردي عن بعض الأصحاب أنه يشترط في التحريم باستدخال ماء الزوج وجود الزوجية حال الإنزال والاستدخال ، **ومقتضاه** : أنه يشترط في ماء الأجنبي قيام الشبهة في الحالين ، **والمراد من ذلك** : أن يكون الماء محترمًا فيهما ، ولا يثبت ذلك ولا غيره باستدخال ماء زنا الزوج أو السيد ، وعند البغوي يثبت جميع ذلك كما لو وطئ زوجته يظن أنه يزني بها . وأجيب بأن الوطء في زوجته بظنه المذكور ليس زنا في نفس الأمر بخلافه في مسألتنا (ولو اختلطت) امرأة (محرم) لشخص من نسب أو رضاع أو مصاهرة أو محرمة عليه بلعان ، أو نفي ، أو توثن أو غيرها كما صرح به الجرجاني (بنسوة قرية كبيرة) غير محصورات (نكح منهن) جوازا باجتهاد وغيره ؛ لأنا لو منعناه لتضرر بالسفر ، وربما انحسم عليه باب النكاح فإنه وإن سافر إلى بلدة أخرى لم يؤمن مسافرتها إليها وهذا كما لو اختلط صيد مملوك بصيود مباحة غير محصورة لا يحرم الاصطياد .
تنبيه : قضية قوله : نكح منهن : أنه لا ينكح الجميع ، وبه جزم الجرجاني ، وهل ينكح إلى أن تبقى واحدة أو إلى أن يبقى عدد محصور ؟ ، حكى الروياني عن والده فيه احتمالين . وقال : الأقيس عندي الثاني . ا هـ . وهذا هو الأوجه ، وفرق بين هذا وبين ما صححه المصنف في نظيره من الأواني من ترجيح الأول بأن ذلك يكفي فيه الظن بدليل صحة الطهر والصلاة بمظنون الطهارة وحل تناوله مع القدرة على متيقنها أي : في محصور وغيره بخلاف النكاح ، وقوله : (محرم) الدائر على الألسنة أنه بفتح الميم ، وينبغي ضبطه بالضم مع تشديد الراء فإن الحكم لا يختص بالأول كما مرت الإشارة إليه ، فإن من حرمت بالجمع أو بالعدة كذلك (لا بمحصورات) فإنه لا ينكح منهن احتياطًا للأبضاع مع انتفاء المشقة باجتنابهن بخلاف الصورة الأولى ، فلو خالف وفعل ؛ لم يصح في الأصح لمنعنا له من ذلك ؛ إذ من الشروط كما سبق أن يعلم أنها حلال ويشكل عليه كما قال ابن شهبة أنه لو زوج أمة مورثه ظانًّا حياته فبان ميتًا صح ، ولو تزوج امرأة المفقود بعد =

= التربص فبان ميتًا صح على الجديد ، **وقد يجاب عن الصورة الأولى** : بأن الشك في الزوج هل هو مالك أو لا ؟ وهو لا يضر إذا تبين أنه مالك كما لو زوج أخ خنثى أخته وتبينت ذكورته فإنه لا يضر كما مر ، **وعن الثانية** : بأن بعض الأئمة يرى ذلك فإذا تبين أنه كان في نفس الأمر كذلك صح ، وهذا التفصيل يأتي فيما لو أراد الوطء بملك اليمين أيضًا ، قال الإمام : والمحصور ما سهل على الآحاد عده دون الولاة .
وقال الغزالي : غير المحصور كل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظر عده بمجرد النظر كألف ، وما سهل كالعشرين فمحصور . قال : وما بينهما يلحق بأحدهما بالظن ، وما شك فيه استفتى فيه القلب .
وقال الأذرعي وغيره : ينبغي التحريم عند الشك عملًا بالأصل ، وخرج بمحرم ما لو اختلطت زوجته بأجنبيات . فلا يجوز له وطء واحدة منهن مطلقًا ولو باجتهاد ؛ إذ لا مدخل للاجتهاد في ذلك ؛ ولأن الوطء إنما يباح بالعقد لا بالاجتهاد (ولو طرأ مؤبد تحريم على نكاح قطعه) أي : منع دوامه (كوطء) الواضح (زوجة ابنه) بنون أو بمثناة تحتية بخطه حيث كتب كلمة معًا على ابنه أو أم زوجة نفسه أو بنتها (بشبهة) فينفسخ به نكاحها ، كما يمنع انعقاده ابتداء سواء أكانت الموطوءة محرمًا للواطئ قبل العقد عليها كبنت أخيه أم لا ، قال شيخنا : ولا يعتبر بما نقل عن بعضهم من تقييد ذلك بالشق الثاني .
تنبيه : احترز بطروئه على النكاح عما إذا طرأ على ملك اليمين كوطء الأب جارية ابنه فإنها تحرم على الابن أبدًا ، ولا ينقطع على الابن ملكه إذا لم يوجد من الأب إحبال ولا شيء عليه بمجرد تحريمها ؛ لأن مجرد الحل في ملك اليمين ليس بمتقوم ، وإنما القصد الأعظم منه المالية وهي باقية ، أما الخنثى فلا ينفسخ بوطئه النكاح
قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (١٥/٢) : « (قال ﷺ : حرمت عليكم) معاشر الرجال (أمهاتكم) وهي من لها عليك يا مريد النكاح ولادة ولو بوسائط لتشمل الجدات ولو من جهة الأب فيحرم عليك نكاح الجميع (و) حرمت عليكم أيضًا (بناتكم) جمع بنت وهي كل أنثى لك عليها ولادة ولو بواسطة ، ولو كانت البنت تخلقت من مائك الفاسد . قال خليل : وحرم أصوله وفصوله ولو خلقت من مائه ، والحاصل : أنه يحرم على الشخص أصله وإن علا ، وفرعه وإن سفل ، ويلزم من حرمة أصلك عليك حرمتك عليه ؛ لأن الحرمة من الأمور النسبية ، فتحرم على أمك كما تحرم هي عليك وهكذا (و) حرمت عليكم (أخواتكم) جمع أخت وهي كل من لأبيك أو أمك عليها ولادة ولو بواسطة وهو معنى قول بعضهم : الأخوات من اجتمعت معهن في صلب ورحم أو في أحدهما . (و) حرمت عليكم (عماتكم) جمع عمة وهي كل من اجتمع مع أبيك في صلب ورحم أو في أحدهما (و) حرمت عليكم (خالاتكم) جمع خالة وهي كل من اجتمعت مع أمك في صلب أو رحم . قال الفاكهاني : وكذلك عمة الأب وخالته وعمة الأم وخالتها ، وكذلك عمة العمة ، وأما خالة العمة ؛ فإن كانت العمة أخت أب لأم أو لأب وأم فلا تحل خالة العمة ؛ لأنها أخت الجدة ، وإن كانت العمة إنما هي أخت أب لأب فقط فخالتها أجنبية من بني أخيها فتحل له ، وكذلك عمة الخالة فإن كانت الخالة أخت أم لأب فعمتها حرام ؛ لأنها أخت جد ، وإن كانت الخالة أخت الأم لأم فقط فعمتها أجنبية من بني أخيها ، وضابط العمات والخالات أن كل ذكر يرجع نسبك إليه بالولادة فأخته عمتك ، وكل أنثى يرجع نسبك إليها بالولادة فأختها خالتك ، ذكره في التحقيق (و) حرم عليكم (بنات الأخ) وبنت الأخ كل أنثى لأخيك عليها ولادة وإن سفلت ، كان الأخ شقيقًا أو لأب أو لأم (و) حرم =

١٩٨ - يحرم بالرضاع كل من حرم بالنسب والمصاهرة ، وهن : أمه ، وبنته ، وأخته ، وبنات إخوته وأخواته ، وعمته ، وخالته ، وأم امرأته ، وبنتها ، وامرأة أبيه ، وامرأة ابنه .

كل ذلك يحرم من الرضاع كما يحرم من النسب والمصاهرة ؛ لقوله تعالى ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ [(١)] . وهذه الآية وإن لم ينص فيها إلا على الأم والأخوات من الرضاعة ، ولكن ثبتت حرمة الباقي بقوله عليه الصلاة والسلام : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » [(٢)] . فلو أرضعت امرأة صبيًّا ، حرم عليه زوجة زوج المرضعة الذي نزل لبنها منه ؛ لأنها امرأة أبيه من الرضاعة ، ويحرم على زوج المرضعة امرأة هذا الصبي ؛ لأنها امرأة ابنه من الرضاعة ، وحرم على هذا الصبي أيضًا بنات المرضعة وبناتهن ؛ لأنهن أخواته وبنات أخواته ، وهكذا الباقي .

١٩٩ - وهناك مسائل مستثناة من عموم هذا الحديث ، **ووجه الاستثناء** : أن المعنى

= عليكم أيضًا (بنات الأخت) وهي كل أنثى لأختك عليها ولادة وإن سفلت ، كانت الأخت شقيقة أو لأب أو لأم (فهؤلاء) السبع اللواتي يحرمن (من القرابة) وأشار إليهن خليل بقوله : وحرم أصوله وفصوله ولو خلقت من مائه ، وفصول أول أصوله ، وأول فصل من كل أصل غير الأصل الأول ، فالأصول الأمهات والجدات فيحرمن وإن علون ، والفصول الأولاد فيحرمن وإن سفلن ، وفصول الأصول الأخوات وأولادهن فيحرمن وإن سفلن ، والأصل غير الأول الجد ، وفروعه عمات وخالات وبناتهن غير محرمات ، والحرام فصل الأول فقط ، وتجوز بنت العمة وبنت الخالة » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (١٩٤/٥) : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ونقل حنبل : نكاح ابن الرجل من لبنه بمنزله نكاح ابنه من صلبه ، تأولت فيه : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وحديث أبي القعيس . وقال شيخنا : ولم يقل الشارع : ما يحرم بالمصاهرة ، فأم امرأته برضاع أو امرأة أبيه أو ابنه من الرضاعة التي لم ترضعه وبنت امرأته بلبن غيره حرمن بالمصاهرة لا بالنسب ، ولا نسب ولا مصاهرة بينه وبينهن فلا تحريم . ويحرم بالصهر من ملك أو شبهة ولو بوطء دبر ، ذكره في المستوعب والمغني والترغيب ، وقيل : لا ، ونقل بشر بن موسى : لا يعجبني . ونقل الميموني : إنما حرم الله الحلال على ظاهر الآية ، والحرام مباين للحلال ، بلغني أن أبا يوسف سئل عمن فجر بامرأة : هل لأبيه نظر شعرها ، قال : نعم . قال : ما أعجب هذا بشبهه الحلال ، وقاسوه عليه ، ونقل المروذي في بنته من الزنا : عمر ﷺ ألحق أولاد الزنا في الجاهلية بآبائهم ، يروى ذلك من وجهين ، وقد قضى النبي ﷺ بالولد للفراش وقال « احتجبي منه يا سودة » ، واحتج جماعة بأنه فعل يوجب تحريمًا ، كالرضاع إذا غصب لبنها وأرضع طفلًا نشر الحرمة ، وكالوطء في دبر وحيض ، وكالمتغذية بلبن ثار بوطئه ، وهو لبن الفحل ، فالمخلوقة من مائه أولى » .

(١) النساء : ٢٣ .

(٢) سنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : ما يحرم من الرضاع / ٣٣٠١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب / ١٩٣٧) .

الذي لأجله حرم في النسب ليس موجودًا فيها .

فمن هذه المسائل : أم أخيه رضاعًا ، فإذا أرضعت امرأة صبيًا ، وكان لها ابن من النسب ، يجوز لابنها أن يتزوج بأم الصبي الذي رضع من أمه ، مع أنها أم أخيه رضاعًا ؛ لأن أم الأخ من النسب إنما حرمت ؛ لكونها أمه إن كانا شقيقين أو زوجة أبيه إن كانا لأب . وهذا المعنى منتفٍ في الرضاع .

٢٠٠ - ومنها : أخت ابنه رضاعًا ، فإذا أرضعت امرأة ولدًا ، ولهذا الولد أخت لم ترضع من تلك المرأة ، يجوز لزوج المرأة أن يتزوج أخت ذلك الولد الذي هو ابنه من الرضاع ؛ لأن أخت الابن من النسب إنما حرمت ؛ لأنها إما بنته أو بنت زوجته المدخول بها ، وهذا المعنى منتفٍ في الرضاع . وأما أخت الأخ فإنها تحل نسبًا فرضاعًا من باب أوْلى ، فإذا كانت لامرأة بنت ، وتزوجت هذه المرأة بغير أبي البنت ، ورزقت منه بابن ، وكان لهذا الرجل ابن من غير تلك المرأة ، جاز لهذا الابن أن يتزوج تلك البنت ، مع أنها أخت أخيه من النسب ، وسيأتي لك زيادة إيضاح في باب الرضاع .

٢٠١ - وإنما كانت حرمة من ذكر مؤبدة - أي : لا تحل أصلًا ؛ لأن سبب الحرمة موجود على الدوام ، فمتى ثبتت الأمومة أو زوجية الأصل أو الفرع ، فلا تنفك ما داما موجودين بخلاف ما يأتي ؛ لأن سبب الحرمة قد يزول ؛ فالحرمة ثابتة ما دام السبب موجودًا ، فإن زال ، زالت الحرمة وثبت الحل ، كزوجة الغير مثلا ، فإنها تحرم ما دامت هذه الزوجية قائمة ، فإن زالت الزوجية ، زالت الحرمة وثبت الحل [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٣٩) : لا يجوز الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكرًا حرمت عليه الأخرى فإن ثبت الحل على أحد الفرضين جاز الجمع بينهما .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : حرمة الجمع بين امرأتين بينهما حرمة نسب أو رضاع : المادة (٣١) : يحرم الجمع بين امرأتين بينهما حرمة النسب أو الرضاع بحيث لو فرضت واحدة منهما ذكرًا لم يجز نكاحها من الأخرى .

الجمع بين محرمين

(مادة ٢٦)

لا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ : أُخْتَ امْرَأَتِهِ الَّتِي فِي عِصْمَتِهِ ، وَلا أُخْتَ مُعْتَدَّتِهِ ، وَلا عَمَّةَ أَحَدٍ مِنْهُمَا ، وَلا خَالَتَهَا ، وَلا بِنْتَ أَخِيهَا ، وَلا بِنْتَ أُخْتِهَا .

فَإِذَا مَاتَتِ الْمَرْأَةُ الْمَانِعَةُ ، أَوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا بِطَلاقٍ أَوْ خُلْعٍ أَوْ فَسْخٍ ، زَالَ الْمَانِعُ ، وَجَازَ لَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا أَوْ غَيْرَهَا مِنْ مَحَارِمِهَا الْمُتَقَدِّمِ ذِكْرُهُنَّ [١] .

* * *

٢٠٢ - يحرم على الرجل أن يجمع بين الأختين ، فإذا كانت امرأة في عصمته ، فلا يجوز له أن يتزوج أختها ، وكذلك إذا طلقها ولم تنقضِ عدتها ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا ، لأن آثار الزواج باقية ما دامت العدة . فإذا انقضت العدة ، جاز له التزوج بأختها .

٢٠٣ - **ومثل أخت الزوجة** : عمتها ، وخالتها ، وبنت أخيها ، وبنت أختها . فلا يجوز له أن يتزوج على من في عصمته أو في عدته عمتها ولا خالتها ولا بنت أخيها ولا بنت أختها ؛ لقوله تعالى في الآية السالفة : ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ [٢] .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٤/١) : « (المحرمات بالصهرية) . وهي أربع فرق : (الأولى) أمهات الزوجات وجداتهن من قبل الأب والأم وإن علون (والثانية) بنات الزوجة وبنات أولادها وإن سفلن بشرط الدخول بالأم ، كذا في الحاوي القدسي سواء كانت الابنة في حجره أو لم تكن ، كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان . وأصحابنا ما أقاموا الخلوة مقام الوطء في حرمة البنات ، هكذا في الذخيرة في نوع ما يستحق به جميع المهر . (والثالثة) حليلة الابن وابن الابن وابن البنت وإن سفلوا دخل بها الابن أم لا . ولا تحرم حليلة الابن المتبنى على الأب المتبني ، هكذا في محيط السرخسي . (والرابعة) نساء الآباء والأجداد من جهة الأب أو الأم وإن علوا ، فهؤلاء محرمات على التأبيد نكاحًا ووطئًا ، كذا في الحاوي القدسي . وتثبت حرمة المصاهرة بالنكاح الصحيح دون الفاسد ، كذا في محيط السرخسي . فلو تزوجها نكاحًا فاسدًا لا تحرم عليه أمها بمجرد العقد ؛ بل بالوطء هكذا في البحر الرائق . وتثبت بالوطء حلالًا كان أو عن شبهة أو زنا ، كذا في فتاوى قاضي خان . فمن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وإن علت وابنتها وإن سفلت ، وكذا تحرم المزني بها على آباء الزاني وأجداده وإن علوا ، وأبنائه وإن سفلوا ، كذا في فتح القدير . ولو وطئها فأفضاها لا تحرم عليه أمها ؛ لعدم تيقن كونه في الفرج إلا إذا حبلت وعلم كونه منه ، كذا في البحر الرائق وكما تثبت هذه الحرمة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل والنظر إلى الفرج بشهوة ، كذا في الذخيرة سواء كان بنكاح أو ملك أو فجور عندنا ، كذا في الملتقط . قال أصحابنا : الربيبة وغيرها في ذلك سواء هكذا في الذخيرة . والمباشرة عن شهوة بمنزلة القُبلة وكذا المعانقة ، وهكذا في فتاوى قاضي خان ، وكذا لو عضها بشهوة ، هكذا في الخلاصة » .

(٢) النساء : ٢٣ .

وسرى حكمهما إلى كل امرأتين أيتهما فُرِضت مُذكرًا حرمت الأخرى عليه بعلة قطيعة الرحم ، سواء كان في النسب أو الرضاع ، كالجمع بين المرأة وعمتها ، أو المرأة وخالتها أو بنت أخيها أو بنت أختها ؛ لأننا إذا قدرنا المرأة مذكرًا ، حرمت عليه عمته . ولو قدرنا العمة مذكرًا ، حرم عليه تزوج بنت أخيه . ولو قدرنا المرأة في الثاني مذكرًا ، حرم عليه تزوج خالته . ولو قدرنا الخالة مذكرًا ، حرم عليه التزوج ببنت أخته . ولو قدرنا المرأة مذكرًا في الثالث ، حرم عليه التزوج ببنت أخيه . ولو قدرنا بنت الأخ مذكرًا ، حرم عليه تزوج عمته ، وهكذا .

٢٠٤ - وقد ثبت هذا أيضًا بقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة أختها ، فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم** » (١) . وهذا الحديث فيه تكرار الحكم الواحد بصفتين مختلفتين في موضعين ؛ لأن المراد من قوله : « **لا تنكح المرأة على عمتها** » . هو ألا يجمع بينهما في النكاح . ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين الجمع بينها وبين بنت أخيها ، وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنه أختها .

وفائدته : إزالة الإشكال ؛ لأنه ربما يظن ظانٌّ أن نكاح ابنة الأخ على العمة لا يجوز ، ونكاح العمة على ابنه الأخ يجوز ؛ لتفضيل العمة ، كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ، ويجوز نكاح الحرة على الأمة ، فبين النبي عليه الصلاة والسلام ثبوت هذه الحرمة من الجانبين ؛ لإزالة الإشكال .

٢٠٥ - وينشأ عن الأصل الذي عرفته حرمة الجمع بين العمتين أو الخالتين ؛ لأنه إذا فرضت واحدة منهما مذكرًا ، حرمت الأخرى عليه ، وذلك أن يتزوج كل من الرجلين أم الآخر ، فيولد لكل منهما بنت ، فتكون كل من البنتين عمة للأخرى ، أو يتزوج كل من الرجلين بنت الآخر ، فيولد لكل منهما بنت ، فتكون كل من البنتين خالة للأخرى . وإنما قالوا في القاعدة المتقدمة : أيتهما فرضت مذكرًا ، حرمت عليه الأخرى ؛ لأنه لو جاز تزوج إحداهما على تقدير مثل المرأة وبنت زوجها أو امرأة ابنها ؛ فإنه يجوز الجمع بينهما عند الأئمة الأربعة . وقد جمع عبد الله بن جعفر زوجة علي وبنته ، ولم ينكر عليه أحد .

---

(١) صحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها / ١٤٠٨) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : الجمع بين المرأة وعمتها / ٣٢٩٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : ما يكره أن يجمع بينهن من النساء / ٢٠٦٥) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها / ١٩٢٩) ، والمعجم الكبير للطبراني (١١٩٣١) .

وبيان ذلك : أنه لو فرضت بنت الزوج مذكرًا ، بأن كان ابن الزوج لم يجز له أن يتزوج بها ؛ لأنها زوجة أبيه ، ولو فرضت المرأة مذكرًا ؛ لجاز له أن يتزوج ببنت الزوج ؛ لأنها بنت رجل أجنبي . وكذلك بين المرأة وامرأة ابنها ، فإن المرأة لو فرضت مذكرًا ؛ لحرم عليه التزوج بامرأة ابنه ، ولو فرضت امرأة الابن مذكرًا ، لجاز له التزوج بالمرأة ؛ لأنه أجنبي عنها . ومن باب أولى ما إذا انتفت الحرمة من الجانبين كالجمع بين بنتي العم أو امرأتين لا علاقة بينهما أصلًا ، فإنك لو قدرت أيتهما مذكرًا لم يحرم عليه التزوج بالأخرى ، فيجوز الجمع بينهما .

٢٠٦ – وبما أن المحرم إنما هو الجمع بينهما ، فإذا وقعت الفرقة بين الرجل والمرأة المانعة بأي سبب كان ؛ جاز له أن يتزوج بأختها أو غيرها من المحارم اللاتي لا يجوز له الجمع بينهما ؛ لأنه – والحالة هذه – لا يصدق عليه أنه جمع بين محرمين ؛ لأنه ليس في عصمته إلا واحدة .

فلو كانت الفرقة بموتها ، جاز له في الحال التزوج بالأخرى ؛ لعدم العدة . وإن كانت بطلاق : فإن كان رجعيًا ، فلا يجوز له التزوج بالثانية إلا بعد انقضاء العدة بالاتفاق ، وإن كان بائنًا ، فعند أبي حنيفة هو كالرجعي . وقال الشافعي : له التزوج بالثانية ، ولو في العدة .

٢٠٧ – **واستدل الشافعي** : بأن القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال ؛ إذ ليس فيه شائبة الرجوع كما في الرجعي ، فلا بد من إعماله ، وإعمال القاطع وهو الطلاق الكامل يقتضي القطع بالكلية ، فيثبت الحكم بقدر دليله .

٢٠٨ – **وقال أبو حنيفة** : لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية ؛ لأن النكاح الأول قائم لبقاء بعض أحكامه ، كالنفقة والمنع عن الخروج والفراش وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه ، وهذه كذلك ما دامت في العدة ، ولا خلاف في أن هذه الأشياء مترتبة على النكاح ، فلو لم يكن النكاح قائمًا حال العدة ، تخلف الحكم عن علته ، وهو باطل ، وإذا كان النكاح قائمًا كان عمل القاطع متأخرًا كما في الطلاق الرجعي ، ولهذا بقي القيد . فلو جاز نكاح الأخت في العدة ، لزم الجمع بين الأختين ، وهو حرام .

٢٠٩ – ومثل البائن الخلع ؛ فإنه طلاق بائن ، وإن كان مختصًا ببعض أحكام ستأتي في كتابه . فإذا قال رجل لامرأته : خالعتك في نظير عشرين جنيهًا (مثلًا) . وقبلت ؛ وقع الطلاق البائن ، ولزمها المال المسمى ، وحصلت الفرقة بينهما بالخلع . فإذا أراد أن يتزوج بأختها مثلًا في العدة ؛ فهو على الخلاف المتقدم بين أبي حنيفة والشافعي .

٢١٠ - ومثله : ما إذا وقعت الفرقة بينهما بالفسخ لا بالطلاق ، كأن زوج رجل أخته لآخر وهي صغيرة ، وكان الزوج كفأً ، ودفع لها مهر المثل . فإن هذا التزوج صحيح نافذ غير لازم ، فلها أن تفسخ هذا العقد عند بلوغها . فإذا حصل هذا بعد الدخول ، فقد وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب الفسخ ، وعليها العدة . فإذا أراد زوجها العقد على عمتها مثلًا ، فلا يجوز له ذلك ما دامت امرأته في العدة .

٢١١ - ويشترك الطلاق والفسخ في حصول الفرقة بين الزوجين ، ولكن الطلاق ينقص العدد بخلاف الفسخ . فإذا فرض في المثال المذكور أنها تزوجته ثانيًا ، ولم يكن طلقها أصلًا ؛ ملك عليها ثلاث طلقات ، بخلاف ما إذا أوقع على زوجته طلاقًا وردها إلى عصمته بعده ولم يكن دفع عليها إلا هذا الطلاق ، فلا يملك عليها إلا طلقتين (١) .

تعلق حق الغير بزواج أو عدة

(مادة ٢٧)

يَحْرُمُ نِكَاحُ زَوْجَةِ الْغَيْرِ وَمُعْتَدَّتِهُ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، سَوَاءٌ كَانَتْ مُعْتَدَّةً لِطَلَاقٍ ، أَوْ وَفَاةٍ ، أَوْ فُرْقَةٍ مِنْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، أَوْ وَطْءٍ بِشُبْهَةٍ (٢) .

* * *

٢١٢ - يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة غيره ، حِفْظًا للأنساب ، ولعدم الفائدة لسبق حقوق الزوج . لأننا لو جوزناه ، فإما أن نقول : يختص بها الأول ، أو الثاني ، أو تكون مشتركةً . فإن كان الأول ، فلا فائدةَ في الزواج . وإن كان الثاني ، يكون تعديًا

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٣٨) : لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعتدته .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المحرمات مؤقتًا : المادة (٢٧) : يحرم العقد على زوجة آخر أو معتدته .

(٢) **قول الحنابلة** : جاء في المغني (٧/ ١٠) : « فأما الأنكحة الباطلة ، كنكاح المرأة المزوَّجة أو المعتدة أو شبهه ، فإذا علما الحل والتحريم ، فهما زانيان ، وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب فيه » .
وجاء فيه أيضًا (٨/ ١٠٣) : « وإذا تزوج معتدةً وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ، ووطئها ، فهما زانيان عليهما حد الزنى ، ولا مهر لها ، ولا يلحقه النسب . وإن كانا جاهلينْ بالعدة أو بالتحريم ، ثبت النسب ، وانتفى الحد ، ووجب المهر . وإن علم هو دونها ، فعليه الحد والمهر ، ولا نسب له . وإن علمت هي دونه ، فعليها الحد ، ولا مهر لها ، والنسب لاحق به . وإنما كان كذلك ؛ لأن هذا نكاح متفق على بطلانه ، فأشبه نكاح ذوات محارمه » .

على حقوق الزوج الأول ، فلا تُهْضَم. وإن كان الثالث ، اختلطت الأنسابُ ، وهو لا يجوز . وهذا هو السر في أن الرجل يتزوج أكثر من واحدة بخلاف المرأة .

٢١٣ – وكما لا يجوز للرجل أن يتزوج امرأة غيره ، كذلك لا يجوز له أن يتزوج معتدَّتَه ، سواء كانت معتدة لطلاق أو وفاة ، لأن من فوائد العدة تَعَرُّف براءة الرحم ، فمن الجائز أن تكون المعتدة حاملًا ، والحَمْل غير معروف . فلو جاز تزوُّجها ، وأتت بولدٍ ، فلا يُدْرَى أهو من الأول أو الثاني ، فتختلط الأنساب ، وهو غير جائز لما يترتب عليه من الخَلَل في النظام . ولذا لو انقضت العدة ؛ جاز لغيره التزوُّج بها لانتفاء ما ذُكِر .

٢١٤ – ولما كانت الحكمة ما ذُكِر ، عَمَّمُوا عدم تزوُّجِ المعتدة ، ولو كانت العدة بعد فُرْقةٍ من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ، كما إذا تزوجها بعقدٍ لم يستوفِ جميعَ شروطه ، أو زُفَّت إليه امرأةٌ وقيل له : هي زوجتُكَ . فدخل بها وتبينت الحقيقة بعد ذلك ، ففُرِّق بينهما ، لأن كلاً من هاتين لو أتت بولد وادعاه الرجل ، يثبت نسبه منه . فمُنِع التزوُّجُ لحقه ، وعدم اختلاط الأنساب [١] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٧) المحرمات بصفة مؤقتة هي :
أ – الجمع ولو في العدة بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرًا حرم عليه التزوج بالأخرى .
ب – الجمع بين أكثر من أربع نسوة ولو كانت إحداهن في عدة .
ج – زوجة الغير أو معتدته .
د – المطلقة ثلاث مرات حتى تنقضي عدتها من زوج آخر دخل بها دخولًا يعتد به شرعًا في زواج صحيح .
هـ – المحرمة بحج أو عمرة .
و – المرأة غير المسلمة ما لم تكن كتابية .
ز – زواج المسلمة بغير المسلم .

التطليق ثلاثًا

(مادة ٢٨)

يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ حُرَّةً طَلَّقَهَا ثَلاثًا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا ، وَيَدْخُلَ بِهَا حَقِيقَةً ، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا ، أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا ، وَتَنْقَضِي عِدَّتُهَا (١) .

* * *

٢١٥ – إذا طلق رجل زوجته طلاقًا رجعيًّا أو بائنًا ، سواء كان واحدةً أو اثنتين ؛ جاز له مراجعتُها في الطلاق الرجعي بدون عقد ومهر جديدَيْنِ ما دامت في العدة .

٢١٦ – فإن خرجت من العدة ؛ فلا بد من العقد والمهر . وجاز له ردها في البائن بعقد ومهر جديدين ، سواء كان في العدة أو بعدها ؛ لقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ (٢) .

٢١٧ – فإن طلقها ثلاثًا ، سواء كان وقوع الثلاث مرة واحدة أو متفرقًا ، فلا يحل له التزوج بها إلا إذا انقضت عدتها منه ، وتزوجت بغيره ، ودخل بها هذا الغيرُ دخولًا حقيقيًّا ، وحصلت الفرقة بينهما بأي سبب كان ، سواء كان بالطلاق أو بالموت ، وانقضت عدتها من هذه الفرقة ؛ لقوله تعالى بعد الآية السابقة وهي الطلاق مرتان : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ (٣) . ومعلوم أن غيره لا يتزوجها ما دامت في عدته ، والزوج الأول لا يتزوجها ما دامت متزوجة بالثاني ولا في عدته .

٢١٨ – وإنما اشتُرِط دخولُ الثاني دخولًا حقيقيًّا ؛ لأنه ورد عن ابن عمر أنه قال : سئل نبي الله ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثًا ، فيتزوجها آخر ، فيغلق الباب ويرخي الستر ، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ، هل تَحِلُّ للأول ، قال : « لا تحل للأول ، حتى يجامعها » . وسيأتي لك في شرح مادة (٢٤٨) زيادةُ الاستدلال على هذا (٤) .

---

(١) **هذه المسألة متفق عليها :**

قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٧٢/١ ، ٤٧٣) : « وإن كان الطلاق ثلاثًا في الحرة وثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها » .

(٢) البقرة /٢٢٩ . (٣) البقرة /٢٣٠ .

(٤) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري :** المادة (٣٦) : ١ – لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلًا .

(مادة ٢٩)

يَحْرُمُ نِكَاحُ الحَامِلِ الثَّابِتِ نَسَبُ حَمْلِهَا [١] . وَيَصِحُّ نِكَاحُ الحَامِلِ مِنَ الزِّنَى ، وَلاَ يُوَاقِعُهَا الزَّوْجُ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا ، مَا لَمْ يَكُنِ الحَمْلُ مِنْهُ [٢] .

* * *

٢١٩ - ومن تعلُّقِ حقِّ الغير ما إذا كانت المرأة حاملًا ، وكان الحَمْل ثابتَ النسب ، بأن كان أبوه معروفًا ؛ فإنه لا يجوز تزوجها ؛ لأنها - والحالة هذه - تكون في العدة . وقد عَرَفْتَ أنه لا يجوز تزوج المعتدة .

٢٢٠ - فإن كان الحملُ غيرَ ثابتِ النسب ، بأن كان من الزنى ، يجوز تزوجها ، ولا يواقعها الزوج حتى تلد ، إلا إذا كان الذي تزوجها هو الذي زنى بها ، ففي هذه الحالة يجوز له وِقَاعُهَا .

٢٢١ - **وقال أبو يوسف [٣] ومالك وأحمد بن حنبل وزفر** : لا يجوز تزوج الحبلى من

= ٢ - زواج المطلقة من آخر يهدم طلقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث ، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثًا جديدة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المحرمة بسبب الطلاق البائن بينونة كبرى : المادة (٣٠) : حرم على من طلق زوجته ثلاث مرات متفرقات في ثلاث مجالس أن يتزوج بها إلا إذا انقضت عدتها من زوج آخر دخل بها .

(١) **هذه المسألة متفق عليها** :

قول الحنفية : جاء في درر الحكام (٣٣٣/١) : « (و) لا ، يجوز - نكاح (حُبلى ثبت نسب حملها) » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٨٣/٢) : « (وإذا تزوجت الحامل من الزنى ، جاز النكاح) ، ولا نفقة لها حتى تضع . وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن ماء الزاني لا حرمة له ، والمنع من تزوج الحامل لحرمة ماء الواطئ . (قوله ولا يطؤها حتى تضع حَمْلها) ؛ لقوله ﷺ : « **لا تُوطَأُ حاملٌ حتى تضع** » . إلا أن يكون هو الزاني فيجوز له أن يطأها . وقال أبو يوسف وزفر : « نكاح الحُبْلَى من الزنى فاسد » . انظر : فتح القدير (٢٤٢/٣) .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٨٤/٤) : « يجوز نكاح ووطء الحامل من زنى ؛ إذ لا حرمة له » .

قول الحنابلة : جاء في المغني : « وإذا زنت المرأة ، لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين ، أحدهما : انقضاء عدتها ، فإن حملت من الزنى فقضاء عدتها بوضعه ، ولا يحل نكاحها قبل وضعه . » .

(٣) هو : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي ، أبو يوسف ، فقيه ، أصولي ، مجتهد ، محدث ، حافظ ، عالم بالتفسير والمغازي ، وأيام العرب ، ولد سنة (١١٣هـ) بالكوفة ، وتفقه على أبي حنيفة ، وسمع من عطاء بن السائب وطبقته ، وروى عنه: محمد بن الحسن الشيباني ، وأحمد بن حنبل ، ويحيى بن معين ، وولي القضاء ببغداد لثلاثة من الخلفاء العباسيين ، ودعي بقاضي القضاة ، من آثاره: كتاب الخراج ، المبسوط في فروع الفقه الحنفي ، كتاب أدب القاضي على مذهب أبي حنيفة وغيره ، توفي سنة (١٨٢ هـ) ، =

الزنى بغير الزاني أيضًا ؛ لأن هذا الحَمْل محترم لذاته لا لصاحب الماء ، ولذا لا يجوز إسقاطه . ولو أذن الزاني للزوج في وِقَاعِها ؛ فلا يجوز ؛ ولأن الزواج شُرِع لحكمةٍ ، فإذا لم تترتب عليه حكمته ، لم يُشْرَع أصلًا ، بخلاف ما إذا تزوجت بالزاني الذي حَبِلَت منه ؛ لأن الأحكام مترتبة عليه من : حِلِّ الوطء ، ووجوب النفقة والسُّكْنَى ، وغير ذلك .

٢٢٢ - واستدل أبو حنيفة ومحمد بأن امتناع النكاح لحرمة صاحب الماء لا للحمل ، بدليل جواز التزوج بها لصاحب الماء في ثابت النسب وغيره ، ولا حرمة للزاني ، وامتناع الوطء كي لا يَسْقِي ماؤه زرعَ غيره ؛ لأن به يزداد سمعه وبصره حِدَّةً ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « **من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يسقين ماؤه زرعَ غيره ؛ لأن به يزداد سمعه وبصره حِدَّةً** » (١) .

٢٢٣ - وليس من ضرورة الحرمة بعارض على شرف الزوال فساد النكاح ، كحرمته بالحيض والنفاس . وإنما لا تجب النفقة لعدم التمكن من الوطء ، ففات الاحتباس .

٢٢٤ - **وقال الشافعي رحمه الله تعالى** : يحل وطؤها ؛ لأنها زوجته ، ولا حرمة لماء الزنى (٢) .

الجمع بين الأجنبيات زيادة على أربع

(مادة ٣٠)

مَنْ لَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ ، فَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ خَامِسَةً ، حَتَّى يُطَلِّقَ إِحْدَى الأَرْبَعِ ، وَيَتَرَبَّصَ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا (٣) .

* * *

٢٢٥ - قد علمت في شرح مادة (١٩) أن الحر لا يجوز له أن يجمع بين أكثر من

= ببغداد ودفن في مقابر قريش. انظر: الجواهر المضية (٣/٦١١ ، ٦١٣) ، معجم المؤلفين (٤/١٢٢) .

(١) سنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في وطء السبايا / ٢١٥٨) .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٣٧) : لا يجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٢٨) : يحرم على كل من له الأربع زوجات أو معتدات أن يعقد زواجه على امرأة أخرى قبل أن يطلق إحداهن وتنقضي عدتها .

(٣) **هذه المسألة متفق عليها** :

قول الحنفية : جاء في حاشية رد المحتار (٣/٥٠٣) : « لو طلق إحدى الأربع ، يمنع عن تزوج خامسة مكانها =

أربع بالدليل ؛ فإذا تزوج أربعًا بعقود صحيحة ؛ فليس له أن يتزوج خامسة ، حتى يطلق إحدى الأربع ، وينتظر حتى تنقضي عدتها ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا .

٢٢٦ - **وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى** : إذا كان الطلاق بائنًا ، فله أن يتزوج خامسة ، ولو قبل انقضاء العدة . والدليل ما تقدم في شرح مادة (٢٦) .

٢٢٧ - فإن طلق الأربع ، فلا يجوز له أن يتزوج امرأة قبل انقضاء عِدَّتِهِنَّ ، فإن انقضت عدة الكل معًا ، جاز له تزوج أربع ، وإن واحدة فواحدة وهكذا .

٢٢٨ - فلو كان عقد واحدة أو اثنتين منهن غير صحيح ؛ جاز له التزوج حتى يَكْمُلَ في عصمته أربعُ نسوةٍ بعقود صحيحة . ومع هذا فالأحسن ألا يتزوج أكثر من واحدة متى خاف الجَوْر ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ (١) .

عدم الدين السماوي

(مادة ٣١)

يَحِلُّ نِكَاحُ الْكِتَابِيَّاتِ الْمُؤْمِنَاتِ بِكِتَابٍ مُنَزَّلٍ ، سَوَاءٌ كُنَّ ذِمِّيَّاتٍ أَوْ غَيْرَ ذِمِّيَّاتٍ ، مُسْتَأْمَنَاتٍ أَوْ غَيْرَ مُسْتَأْمَنَاتٍ مَعَ الْكَرَاهَةِ (٢) .

* * *

٢٢٩ - يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية ، وهي : التي تعتقد دينًا سماويًا ، ولها كتاب منزَّل ، كصحف إبراهيم ، وشيث وزبور داود ، والتوراة لموسى ، والإنجيل لعيسى ؛ لقوله تعالى : ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ (٣) . أي : وأحل لكم

= حتى تمضي عدة المطلقة » .

(١) النساء : ٣ .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨١/١) : « ويجوز للمسلم نكاح الكتابية الحربية والذمية حرة كانت أو أمة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٦٠/٣) : « (نكاح الكتابية) ذمية أو حربية (مكروه) ؛ لئلا تفتنه أو ولده (و) لكن نكاح (الحربية أشد) كراهة » .

قول المالكية : جاء في المدونة (٢١٨/٢) : « عن ابن شهاب قال : قد أحل الله نساء أهل الكتاب وطعامهم » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٣٥/٨) : « حرائر أهل الكتاب . وهما قسمان : ذميات ، وحربيات . فالذميات : يحل بلا نزاع في الجملة ، وأما الحربيات : فالصحيح من المذهب حل نكاحهن مطلقًا » .

(٣) المائدة : ٥ .

المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم .

٢٣٠ - وقَيَّد بعضهم حِلَّ التزوج بما إذا لم تعتقد أن المسيح إله ، أو أن العُزَيْر إله ، فلو اعتقدت ذلك ، فلا يجوز . ولكن بالنظر إلى الأدلة ينبغي أن يجوز الأكل من ذبائحهم والتزوج بنسائهم .

٢٣١ - ومتى أقرت بنبي وآمنت به ، يجوز التزوج بها ، ذمية كانت أو مستأمنة أو حربية . فالذمية : هي المقيمة في ديار الإسلام ، تدفع الجزية ، وليس من نيتها العَوْدُ إلى بلادها . والمستأمنة : هي من دخلت دار الإسلام بأمان . والواجب على المسلمين معاملة الذميين والمستأمنين معاملةً حسنةً كما يعاملون به بعضَهم ، فلا يتعرضون لأموالهم ولا لدمائهم ولا لأعراضهم قولًا أو فعلًا . والحربية : هي المقيمة في غير ديار الإسلام . وهذه يكره تزوجها ؛ لانفتاح باب الفتنة من التعلق بها ، المستدعي للمُقَام معها في دار الحرب وتعريض الولد للتخلق بأخلاق أهل الكفر .

(مادة ٣٢)

لاَ يَحِلُّ نِكَاحُ الْوَثَنِيَّاتِ ، وَلاَ الْمَجُوسِيَّاتِ ، وَلاَ الصَّابِئَاتِ اللاَّتِي يَعْبُدْنَ الْكَوَاكِبَ وَلاَ يُؤْمِنَّ بِكِتَابٍ مُنَزَّلٍ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٦/٢) : « ولا يجوز تزوج المجوسيات ولا الوثنيات ... ويجوز تزوج الصابئات عند أبي حنيفة إذا كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز » .
قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٦٠/٣) : « من موانع النكاح : (الكفر ، فتحرم مناكحة غير أهل الكتابينِ) التوراةِ والإنجيلِ (من المجوس) وإن كان لهم شبهة كتاب ؛ إذ لا كتاب بأيديهم ولا نتيقنه قَبْلُ فيُحْتَاط (و) من (المتمسكين بصحف شِيث) وإدريس (وإبراهيم وزبور داود و) من (سائر الكفار) كعبدة الشمس ، والقمر ، والصور ، والنجوم ، والمعطلة ، والزنادقة ، والباطنية » ، وجاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٥١/٣) : « يحرم على المسلم (نكاح من لا كتابَ لها كوثنية ومجوسية) » .
وجاء في الأم (٧/٥) : « والصابئون والسامرة من اليهود والنصارى الذين يَحِلُّ نساؤهم وذبائحُهم » .
قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (١٩/٢) : « (وحرم اللَّه ﷻ) على المسلم (وطء الكوافر ممن ليس من أهل الكتاب بملك أو نكاح) ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ فالشرك يشمل : المجوس ، والصابئة ، وعبدة الأوثان ، وغيرهم ممن اعتقد أن مع اللَّه شريكًا » .
قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٦٤٦/٢) : « وتخرج المجوسية والوثنية والمعتدة لعدم حل كل منهن له » ، وجاء في المغني (١٠٠/٧) : « وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيرًا ، فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى. ونص عليه الشافعي . وعلق القول فيهم في موضع آخر . وعن أحمد أنه قال : بلغني =

٢٣٢ - ولا يجوز للمسلم أن يتزوج غيرَ الكتابية ، وهي التي لا تُقِرُّ بنبي ولا تؤمن بكتاب منزَّل كالوثنية : وهي التي تعبد الصنم ، والمجوسية : وهي التي تعبد النار ، والصابئة : وهي التي تعبد النجوم ؛ إذ كل الرسل عليهم الصلاة والسلام أَتَوْا بعبادة الخالق جل وعلا ، وإن اختلفت الشرائع في كيفية العبادة . ولم يأت رسول قَطُّ بعبادةِ غيره .

٢٣٣ - **وحرمة تزوج الصابئة** : هو قول الصاحبَيْنِ ، وقال أبو حنيفة : يجوز تزوجها .

وهذا الخلاف مبني على أنهم عبدة أوثان أم لا ؟ **فعندهما** : هم عبدة أوثان ؛ لأنهم يعبدون النجوم . **وعند أبي حنيفة** : ليسوا بعبدة أوثان ، وإنما يعظمون النجوم كتعظيم المسلم للكعبة [1] .

٢٣٤ - فإن كان كما فسره أبو حنيفة ، يجوز بالإجماع ؛ لأنهم أهل كتاب . وإن كان كما فسراه ، لا يجوز بالإجماع ، فلا خلاف في الحقيقة ، وإنما الخلاف مبني على الاشتباه في مذاهبهم . فكلٌّ أجاب بما عنده من أحوالهم .

٢٣٥ - والدليل على عدم حِلِّ التزوج بغير الكتابية قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ﴾ [2] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « **سُنُّوا بهم سُنَّة أهل الكتاب ، غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم** » [3] [4] .

= أنهم يُسْبِتون . فهؤلاء إذن يشبهون اليهود . والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ، ويخالفونهم في فروعه ، فهم ممن وافقوه . وإن خالفوهم في أصل الدين ، فليس هم منهم » .

(١) الصواب في هذه المسألة مع أبي حنيفة والشافعية ؛ لأن الصابئة بالفعل أهل كتاب ، وهم فرقة من اليهود ، لا من النصارى كما نص على ذلك بعض الفقهاء ، وصاروا أتباعًا لسيدنا يحيى بن زكريا (يوحنا المعمدان) ، وهم يعبدون الله . ومجمل عقيدتهم : أنهم يؤمنون بالله ، واليوم الآخر ، ويؤمنون بالحساب والعقاب ، وأن الصالحين منهم يذهبون إلى عالم النور ، وأن المذنبين منهم يذهبون إلى عالم الظلام أو النار المحرقة ، وهم لا يقرون قيام الأجسام بعد وفاتها ، وإنما تحاسب الأنفس على ما عملت . وهم موجودون بكثرة في العراق والبرازيل .

وبناءً على ما سبق نرى أنهم أهل كتاب قطعًا ، وأنه يجوز مناكحتهم ، وأكل ذبائحهم ... إلخ الأحكام المتعلقة بأهل الكتاب . انظر : الصابئة لغضبان رومي الناشي (وهو صابئي عراقي) .

(٢) البقرة : ٢٢١ .

(٣) موطأ مالك (كتاب : الزكاة / باب : جزية أهل الكتاب والمجوس / ٦١٧) .

(٤) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٢) : ١ - يشترط أن يكون الولي عاقلًا بالغًا .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : شروط أهلية الولي : المادة (١٠) : يشترط في الولي أن يكون عاقلًا بالغًا وأن يكون مسلمًا إذا كانت المخطوبة مسلمة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩) - يشترط في الولي أن يكون ذكرًا عاقلًا بالغًا غير محرم بحج أو عمرة مسلمًا إذا كانت الولاية على مسلمة .

الباب الرابع
في الولاية على النكاح
وفيه فصلان

الفصل الأول
في بيان الولي وشروطه

(مادة ٣٣)

يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْوَلِيُّ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مُسْلِمًا فِي حَقِّ مُسْلِمٍ وَمُسْلِمَةٍ (١) ، وَلَوْ فَاسِقًا (٢) .

* * *

(١) **قول المالكية** : جاء في الجواهر شرح المقدمة العزية للآبي (ص ٢٨٨ ، ٢٨٩) : « **ويشترط في الولي شروط ، منها** : اتفاق الدينين ، فلا يزوج الكافرُ المسلمةَ ولا المسلمُ الكافرةَ إلا أن تكون أمته أو معتوقته . **ومنها** : الحرية ، فالعبد والمكاتَب والمدبَّر والمعتَق بعضه يُفسخ ما عقدوه ، ولو بعد الدخول ، ولها المهر بالمسيس . **ومنها** : عند بعضهم ، وهو ابن وهب - : أن يكون غير مولًّى عليه ، فالسفيه لا ولاية له عنده ، وإنما الولاية لوليه . ويعقد السفيه ذو الرأي على ابنته بإذن وليه . **ومنها** : البلوغ ، والعقل ، والذكورية ، فالمرأة لا يجوز لها عقدها على نفسها ولا على غيرها ، ولها أن تفوض لمن يعقد لها من الرجال في تزويج نفسها » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات : « (وشُرِط في ولي) سبعة شروط ، أحدها : (ذكورية) ؛ لأن المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها ، فعلى غيرها أولى . (و) الثاني : (عقل) ، فلا ولاية لمجنون مُطْبِق . (و) الثالث : (بلوغ) ؛ لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال ؛ لأنها تنفيذ تصرف في حق غيره ، وغير المكلف مولًّى عليه لقصور نظره ، فلا تثبت له ولاية كالمرأة . (و) الرابع : كمال حريةٍ ؛ لأن (العبد والمبعَّض لا يستقلان بولاية على أنفسهما ، فأولى على غيرهما) . (و) الخامس : (اتفاق دين) الولي والمولَّى عليها ، فلا ولاية لكافر على مسلمة وكذا عكسه ، ولا نصراني على مجوسية ونحوه ؛ لأنه لا توارث بينهما بالنسب ، (إلا أم ولدٍ لكافر أسلمت) فيزوجها لمسلم ؛ لأنها مملوكته ؛ ولأنه عقد عليها فعليه كإجارتها ، (و) لا (أمة كافرة لمسلم) فله أن يزوجها لكافر لما تقدم ، وكذا أمة كافرة لمسلمة فيزوجها ولي سيدتها على ما سبق ، (و) إلا (السلطان) فيزوج من لا ولي لها من الكوافر ؛ لعموم ولايته على أهل دار الإسلام ، وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة ... (و) السابع : (رُشْد وهو) أي : الرشد هنا (معرفة الكفء ومصالح النكاح) وليس هو حفظ المال ، فإن رُشْدَ كلِّ مقام بحسبه . وعلم مما سبق أنه لا يشترط : كون الولي بصيرًا ، ولا كونه متكلمًا إذا فُهِمت إشارته ، لقيامها مقام نطقه في جميع العقود » .

(٢) **قول المالكية** : جاء في الجواهر شرح المقدمة العزية للآبي (ص ٢٨٩) : « ويشترط في الولي شروط ، ...

٢٣٦ - اعلم أن الوَلاية - بفتح الواو - معناها : النُّصْرة . وعند الفقهاء: هي حق تنفيذ القول على الغير رَضِي أو لم يَرْضَ .

وهي نوعان : عامة ، وخاصة . **والخاصة قسمان** : ولاية على النفس ، وولاية على المال . **والولاية على النفس قسمان** : ولاية ندب (استحباب) : وهي الولاية على البالغة العاقلة بكرًا كانت أو ثيبًا ، وولاية إجبار : وهي الولاية على الصغير والصغيرة بِكْرًا كانت أو ثيبًا ، ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين . والولاية على النفس هي المقصودة هنا .

٢٣٧ - **وتثبت الولاية بأسباب أربعة** : القرابة ، والمِلْك ، والولاء، والإمامة .

٢٣٨ - **والولي في اللغة** : خلاف العدو ، أي : الناصر . **وفي أصول الدين** : هو العارف باللّه تعالى وبأسمائه وبصفاته حسبما يُمْكِن ، المواظِبُ على الطاعات ، المجتنبُ للمعاصي [١] . وعند الفقهاء ، وهو المقصود هنا - : الحر البالغ العاقل .

٢٣٩ - **فيشترط فيه عندهم أن يكون** : حرًا ، عاقلًا ، بالغًا . فلا ولاية لعبد ، ولا صغير ، ولا مجنون ؛ لأن الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة ، فمن لا ولاية له على نفسه ، فأولى ألا تكون له ولاية على غيره ؛ ولأن هذه الولاية نظرية ، ولا نَظَر في التفويض إلى هؤلاء ، لعَجْز كلٍّ منهم عن تحصيل الكفء ؛ لاشتغال العبد بخدمة مولاه؛ ولعدم العقل عند المجنون ، وقصره عند الصبي . وهذه الشروط الثلاثة يلزم اتصاف الولي بها ، سواء كانت المُوَلِّيَة مسلمةً أو غيرَ مسلمةٍ .

٢٤٠ - **ويشترط في الولي أيضًا** : الإسلام إذا كان من يُرَاد تزويجُه مسلمًا ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا .

٢٤١ - ومتى وُجدت هذه الشروط في الشخص ، ثبتت له الولاية على غيره ، ولو كان فاسقًا ، فالفسق لا يَسْلُبُ أهلية التزويج . لكن إذا كان مُتَهَتِّكًا، وهو الذي لا يبالي بهتك سَتْرِه ، لا ينعقد تزويجه إلا بشرط المصلحة كما سيظهر لك قريبًا .

= وأن يكون عدلًا ، والمشهور أن الفسق لا يَسلُب الولاية ، وإنما يقدح في كمال العقد دون صحته » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات : « (و) السادس : (عدالة) نصًا لقول ابن عباس : لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد ؛ ولأنها ولاية نظرية فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال (ولو) كانت العدالة (ظاهرة) فيكفي مستور الحال كولاية المال (إلا في سلطان) فلا يشترط في تزويجه بالولاية العامة للعدالة الحاجة (و) إلا في (سيد) أمة ؛ لأنه يتصرف في ملكه كما لو أجرها » .

(١) انظر : درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣٣٥) .

(مادة ٣٤)

الْوَلِيُّ شَرْطٌ لِصِحَّةِ نِكَاحِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَمَنْ يَلْحَقُ بِهِمَا مِنَ الْكِبَارِ غَيْرِ الْمُكَلَّفِينَ ، وَلَيْسَ الْوَلِيُّ شَرْطًا لِصِحَّةِ نِكَاحِ الْحُرِّ وَالْحُرَّةِ الْعَاقِلَيْنِ الْبَالِغَيْنِ بَلْ يَنْفُذُ نِكَاحَهُمَا بِلاَ وَلِيٍّ (١)

٢٤٢ - وليس كل عقد زواج تتوقف صحته على الولي ؛ بل بعض العقود . وبيان ذلك : أن مريد التزوج إما أن يكون صغيرًا أو كبيرًا ، والكبير إما أن يكون عاقلًا أو غيرَ عاقلٍ ، والعاقل إما أن يكون حرًّا أو رقيقًا.

٢٤٣ - فالشخص الكبير العاقل إن كان حرًّا مذكرًا ، يصح تزوجه وينفذ لازمًا بلا ولي ، ولا حقَّ لأحد من الأقارب في الاعتراض عليه ، ولو كانت الزوجة أقلَّ منه شَرَفًا ودفع لها أكثر من مهر مثلها .

٢٤٤ - وإن كان حرًّا مؤنثًا ، يصح تزوجها وينفذ لازمًا ، إذا كان الزوج كُفأً ، والمهرُ مهرَ المثل . فإن كان الزوج كفأ والمهر أقل من مهر المثل ، صح العقد نافذًا غير لازم ، فللولي إذا كان عَصَبَةً حقُّ الاعتراض حتى يَتِمَّ مهرُ المثل ، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد . وإن كان غير كُفْءٍ ، فلا يصح العقد أصلًا كما سيظهر لك كل ذلك في المواد الآتية . والولاية هنا ولاية استحباب .

٢٤٥ - وإن كان الشخصُ الكبيرُ رقيقًا ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ، صح تزوجه موقوفًا علي إجازة سيده ، فإن أجازه نَفَذ ، وإن لم يُجِزْهُ بَطَل .

٢٤٦ - وإن كان صغيرًا غيرَ مُمَيِّزٍ أو كبيرًا غيرَ عاقلٍ ، فلا يصح عقد الزواج إلابالولي . والولاية هنا ولاية إجبار (٢) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في فتح القدير (٢٥٥/٣) : « الولاية في النكاح نوعان : ولاية ندب واستحباب : وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرًا كانت أو ثيبًا ، وولاية إجبار : وهو الولاية على الصغيرة بِكْرًا كانت أو ثيبًا ، وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢١) : الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون مُحرمًا .

قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (١٣٦/٣) : « (وولي المجنونة الابن لا الأب) أي : في النكاح . وهذا =

(مادة ٣٥)

الْوَلِيُّ فِي النِّكَاحِ الْعَصَبَةُ بِنَفْسِهِ عَلَى تَرْتِيبِ الإِرْثِ وَالْحَجْبِ ، فَيُقَدَّمُ الابْنُ ، ثُمَّ ابْنُ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ ، ثُمَّ الأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ الصَّحِيحُ وَإِنْ عَلاَ ، ثُمَّ الأَخُ الشَّقِيقُ ، ثُمَّ الأَخُ لأَبٍ ، ثُمَّ ابْنُ الأَخِ لأَبٍ ، ثُمَّ الْعَمُّ الشَّقِيقُ ، ثُمَّ الْعَمُّ لأَبٍ ، ثُمَّ ابْنُ الْعَمِّ الشَّقِيقِ ، ثُمَّ ابْنُ الْعَمِّ لأَبٍ ، ثُمَّ وَلاَءُ الْعَتَاقَةِ . فَوَلِيُّ الْمَجْنُونَةِ فِي النِّكَاحِ ابْنُهَا وَإِنْ سَفَلَ دُونَ أَبِيهَا عِنْدَ الاجْتِمَاعِ (١) .

* * *

= عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : أبوها ؛ لأنه أوفر شفقةً من الابن » .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الثاني .

ولاية الزواج .

الولي في الزواج .

المادة (٩) : الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨) أ - الولي في الزواج العاصب بنفسه على ترتيب الإرث .

ب - إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز ويتعين من أذنت له المخطوبة .

ج - إذا تولى العقد الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب انعقد الزواج صحيحًا ما لم يكن الأقرب أبًا فينعقد موقوفًا على إجازته ؛ فإن لم يجز فله طلب الفسخ وللقاضي اتخاذ ما يراه مناسبًا وفق ملابسات الحال ومقتضيات المصلحة .

المادة (٣٧) الولي في الكفاءة من العصبة هو الأب فالابن ، فالجد العاصب ، فالأخ الشقيق ثم الأب ، فالعم الشقيق ثم الأب .

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٢٢/٢) : « (والولي العصبة بترتيب الإرث) يعني أولاهم الابن وابن الابن وإن سفل ، ولكن لا يتصور هذا إلا في المعتوه والمعتوهة لا في الصغار ، ثم الأب ، وأب الأب وإن علا ، ثم الإخوة إلا الأخ من الأم ، ثم الأعمام إلا العم من الأم ، ثم أعمام الجد كذلك ، ثم مولى العتاقة يستوي فيه الذكر والأنثى ، ثم عصبة المولى ، ثم ذوو الأرحام » .

قول الشافعية : جاء في منهاج الطالبين للنووي (مع مغني المحتاج) (٢٤٩/٤) : « وأحق الأولياء : أب ، ثم جد ، ثم أبوه ، ثم أخ لأبوين أو لأب ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم عم ، ثم سائر العصبة كالإرث . ويقدم أخٌ لأبوين على أخٍ لأب في الأظهر ، ولا يزوج ابنٌ ببنوة ، فإن كان ابنَ ابن عمٍّ أو معتقًا أو قاضيًا زَوَّجَ به . فإن لم يوجد نَسِيبٌ ، زوج المعتِق ، ثم عصبته كالإرث . ويزوج عتيقةَ المرأةِ من يزوج المعتقة ما دامت حية . ولا يعتبر إذن المعتقة في الأصح ؛ فإذا ماتت زَوَّج مَنْ له الولاء . فإن فُقِد المعتِق وعصبتُه ، زوج السلطانُ » .

قول المالكية : جاء في بدر الزوجين ونفحة الحرمين للكشناوي (ص ٥٨) : « الولاية في عقد النكاح تكون على حسب كل واحد من الأولياء كالميراث ؛ وفي الرسالة أيضًا : والابن أولى من الأب ، والأب أولى من الأخ ، =

٢٤٧ - **وتثبت هذه الوِلاَية بواحدٍ من أربعة : الأول** : الملك ، **الثاني** : القرابة ، **الثالث** : الولاء ، **الرابع** : الإمامة .

٢٤٨ - فالأول لم يتعرض له الكتاب ، وإن كان أشار إليه في المادة السابقة . فتثبت الولاية للمالك على مملوكة في الزواج وغيره بسبب الملك . وتثبت الولاية أيضًا بسبب من الأسباب الثلاثة الأخرى بالترتيب الذي يُلْقَى عليك . فتثبت الولاية أولًا للعاصب بنفسه على ترتيب الإرث والحَجْبِ . **والعَصَبَةُ تنقسم انقسامًا أوليًّا إلى قسمين** : عَصَبَة نَسَبِيَة : وهي الآتية من جهة القرابة ، وعصبة سَبَبِيَة : وهي الآتية من العِتْق .

٢٤٩ - **والعصبة النسبية تنقسم إلى ثلاثة أقسام** : عاصب بنفسه ، وعاصب بغيره ، وعاصب مع غيره .

٢٥٠ - وكلامنا الآن إنما هو في العاصب بنفسه . **وهو ينحصر في أربع جهات** : بُنُوَّةٌ ، وأُبُوَّةٌ ، وأُخُوَّةٌ ، وعُمُومَةٌ .

٢٥١ - **فالبنوة تشمل** : الابن ، وابن الابن وإن نزل .

٢٥٢ - **والأبوة تشمل** : الأب ، والجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا.

٢٥٣ - **والأخوة تشمل** : الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق، وابن الأخ لأب وإن نزل كلٌّ منهما .

٢٥٤ - **والعمومة تشمل** : العم الشقيق ، والعم لأب ، وابن العم الشقيق ، وابن العم

= ومن قرب من العصبة أحق ، وإن زوجها البعيد مضى ذلك . وابن الابن وإن سفل مثل الابن . فإن لم يكن لها أب فأخوها ، ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم الجد أبو الأب دنية ، وأما جد الجد وأبو الجد فيما يظهر فعمها يقدم عليهما ، فإن لم يوجد فالعم وهو ابن الجد ، ثم ابن العم وإن سفل ، ثم عم الأب ، فابنه ، ثم عم الجد كذلك صعودًا وهبوطًا . وكما أن الأخ الشقيق يقدم على الأخ للأب ، كذلك ابن العم الشقيق يقدم على ابن العم للأب ، والعم الشقيق يقدم على العم للأب ، وهكذا العم الذي للأب يقدم على ابن العم الشقيق ، كالأخ الذي للأب يقدم على ابن الأخ الشقيق » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (١٧٨/٥) : « وأحق وليٍّ بنكاح حرة : أبوها ، ثم أبوه وإن علا ، ثم ابنها ، ثم ابنه وإن نزل وقيل عكسه . وأخذه في الانتصار من نقل حنبل : العصبة فيه من أحرز المال . ثم أخوها لأبويها ، ثم لأبيها . اختاره أبو بكر وجماعة . وعنه : هما سواء . اختاره الأكثر . وابنا عم أحدهما أخ لأم . ونقل أبو الحارث : الأخ لأبوين أولى . فإن زَوَّجَ الأخُ للأبِ كان جائزًا ، ثم بنوهما كذلك ، ثم أقرب عصبةِ نسبٍ كالإرث . وعنه : يقدم الابن على الجد . وعنه : عليها يقدم الأخ على الجد . وعنه : سواء . ثم الولي المعتق ، ثم أقرب عصبته . وقيل : يقدم أبو المعتقة على ابنها ، ثم السلطان أو نائبه » .

لأب وإن نزل كلٌّ منهما .

٢٥٥ - فإن وُجِدَ واحدٌ فقط من هؤلاء ، ثبتت له الولاية ؛ إذ لا مُزَاحِمَ له . وإن وجد اثنان أو أكثر ، فإن كان هناك مرجِّح في أحدهما ، قُدِّم صاحبُه . وإن لم يكن هناك مرجِّح ، استويا .

٢٥٦ - **والترجيح يكون : أولًا: بالجهة** ؛ فتقدم جهة البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة ، فمتى وُجِدَ واحدٌ من جهةٍ من هذه الجهات ، وإن بَعُدَتْ درجتُه ، قُدِّمَ على مَنْ بعده ، وإن قَرُبَتْ درجتُه . فابن ابن الابن مقدم على الأب . ويسمى هذا : تقديمًا بالجهة .

٢٥٧ - **وثانيًا بالدرجة** : فإن وجد شخصان من جهة واحدة كالابن وابن الابن أو الأخ وابن الأخ ، ترجح الأقرب درجةً ، فيقدم الابن على ابن الابن والأخ على ابن الأخ ؛ لأنه أقربُ درجةً . ويسمى هذا : تقديمًا بالدرجة .

٢٥٨ - **وثالثًا بالقوة** . فإن وجد شخصان من جهة واحدة ودرجة واحدة أيضًا ، كأخ شقيق وأخ لأب ، ترجح الأخ الشقيق ؛ لأنه أقوى من الأخ لأب ؛ إذ الأول ينتسب بجهتين ، والثاني بجهة واحدة . ويسمى هذا : تقديمًا بالقوة .

٢٥٩ - فإن لم يوجد مرجِّح بأن كانت الجهة والدرجة والقوة واحدةً ، كابنين وأخوين شقيقين أو لأب ؛ استويا ؛ لأننا لو قدمنا أحدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجِّح .

٢٦٠ - فقد علمت مما تقدم أن التقديم يكون أولًا بالجهة ، فإن اتحدوا فيها يكون بالدرجة ، فإن اتحدوا فيها أيضًا يكون بالقوة ، فإن اتحدوا فيها أيضًا استووا في الولاية .

٢٦١ - فإن لم يوجد واحد من هؤلاء أصلًا ؛ تنتقل ولاية التزويج إلى العصبة السببية ، وهي الآتية من ولاء العَتَاقة ، فتثبت للمعتِق أولًا ولو أنثى ، ثم لبُنُوَّتِه ، ثم لأُبُوَّتِه ، ثم لأُخُوَّتِه ، ثم لعُمُومَتِه على الترتيب والترجيح والاستواء الذي عَرَفْتَه في العصبات النسبية .

٢٦٢ - إذا عَرَفْتَ كلَّ ما تقدم ، تعرف بَدَاهَةً أنه إذا اجتمع ابن المجنونة وأبوها ؛ قُدِّم ابنها . ومثلها المجنون . وقال محمد : يقدم الأب ؛ لأنه أوفر شفقةً من الابن .

٢٦٣ - **ودليل أبي حنيفة وأبي يوسف** : أن الابن هو المقدَّم في العُصُوبة ، وهذه الولاية مبنية عليها ، ولا عبرة بزيادة الشفقة كأبي الأم مع بعض العصبات .

٢٦٤ - والأحسن أن يأمر الابنُ الأبَ بالنكاح ، حتى يجوز بلا خلاف ؛ لأن في الابن قوةَ العُصُوبةِ ، وفي الأب زيادةَ الشفقةِ فيجتمعان .

(مادة ٣٦)

إِذَا لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ ، تَنْتَقِلُ وِلَايَةُ النِّكَاحِ لِلأُمِّ ، ثُمَّ لأُمِّ الأَبِ ، ثُمَّ لِلْبِنْتِ، ثُمَّ لِبِنْتِ الابْنِ ، ثُمَّ لِبِنْتِ الْبِنْتِ ، ثُمَّ لِبِنْتِ ابْنِ الابْنِ ، ثُمَّ لِبِنْتِ بِنْتِ الْبِنْتِ وَهَكَذَا ، ثُمَّ لِلْجَدِّ الْفَاسِدِ، ثُمَّ لِلأُخْتِ الشَّقِيقَةِ ، ثُمَّ لِلأُخْتِ لأَبٍ ، ثُمَّ لِوَلَدِ الأُمِّ ، ثُمَّ لأَوْلَادِهِمْ ، ثُمَّ لِبَاقِي ذَوِي الأَرْحَامِ الْعَمَّاتِ ، ثُمَّ الأَخْوَالِ ، ثُمَّ الخَالَاتِ ، ثُمَّ بَنَاتِ الأَعْمَامِ ، ثُمَّ أَوْلَادِهِمْ بِهَذَا التَّرْتِيبِ (١) .

* * *

٢٦٥ – فإذا لم توجد عَصَبَة نَسَبِيَّةٌ ولا سَبَبِيَّةٌ ؛ تنتقل ولاية الإجبار بالنسبة للصغار ومن يَلْحَقُ بهم إلى الأصول غير العصبات ، ما عدا أبا الأم . مع ملاحظة الدرجة والقوة ، فحينئذٍ تُقَدَّم الأم على أم الأم وأم الأب لقربها ، وتقدم أم الأب على أم الأم ؛ لقوتها إذ هي مُنْتَسِبَةٌ بالعاصب وهو الأب بخلاف أم الأم .

٢٦٦ – فإن لم يوجد واحد من الأصول ؛ انتقلت الولاية إلى الفروع مع الملاحظة المذكورة ، وحينئذٍ تُقَدَّم البنت على بنت الابن وبنت البنت لقربها ، وتُقَدَّمُ بنت الابن على بنت البنت ؛ لقوتها إذ هي مُنْتَسِبَةٌ بعاصب وهو الابن بخلاف بنت البنت ، وهكذا الترتيب .

٢٦٧ – فإن لم يوجد أحد من الفروع ، انتقلت الولاية إلى الجد [الغير الصحيح] وهو أبو الأم .

٢٦٨ – فإذا لم يوجد ، انتقلت إلى طبقة الأخوات مطلقًا والأخوة لأم . مع الملاحظة المذكورة أيضًا ، وحينئذٍ تُقَدَّم الأخت الشقيقة على الأخت لأب والأخت لأم ، وتُقَدَّم الأخت لأب على الأخت والأخ لأم لما تقدم .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٧٨/٣ ، ٧٩) : « (فإن لم يكن عصبة فالولاية للأم) ، ثم لأم الأب ، وفي القنية عكسه – ، ثم للبنت ، ثم لبنت الابن ، ثم لبنت البنت ، ثم لبنت ابن الابن ، ثم لبنت بنت البنت وهكذا ، ثم للجد الفاسد ، (ثم للأخت لأب وأم ، ثم للأخت لأب ، ثم لولد الأم) الذكر والأنثى سواء ، ثم لأولادهم ، (ثم لذوي الأرحام) العمات ، ثم الأخوال ، ثم الخالات ، ثم بنات الأعمام ، وبهذا الترتيب أولادهم ، ثم مولى الموالاة » ، وجاء في البحر الرائق (١٣٣/٣) : « (وإن لم يكن عصبة ، فالولاية للأم ، ثم للأخت لأب ، وأم ثم لأب ، ثم لولد الأم ، ثم لذوي الأرحام ، ثم للحاكم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما : ليس لغير العصبات من الأقارب ولاية ، وإنما الولاية للحاكم بعد العصبات » .

٢٦٩ - فإذا لم يوجد من هذه الطبقة أحد ، انتقلت الولاية إلى أولادهم حَسَبَ ترتيبهم المتقدِّم .

٢٧٠ - فإن لم يوجد أحد من هذه الطبقة ولا أولادها ، انتقلت الولاية إلى طبقة العمات والأعمام لأم ، مع الملاحظة المذكورة .

٢٧١ - فإن لم يوجد أحد منهم ، انتقلت إلى الأخوال والخالات .

٢٧٢ - فإن لم يوجد أحد منهم ، انتقلت الولاية إلى أولادهم حسب الترتيب المذكور .

٢٧٣ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا ولاية لغير العصبات ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « **الإنكاح إلى العصبات** » . ففي هذا الحديث عَرَّفَ الإنكاحَ باللام في غير معهودٍ ، فيكون معناه هذا الجنس مُفَوَّضٌ إلى هذا الجنس ، أي: جنس الإنكاح مفوض إلى جنس العصبات ، فلا يكون لغيره فيه مدخل .

٢٧٤ - ولأن الولاية إنما تثبت صونًا للقرابة عن نِسْبَةِ من لا يكافئهم ، وذلك يحصل من العصبة ؛ لأنهم يُعَيَّرُون بعدم الكفاءة ، فيكون ذلك باعثًا لهم على صيانة القريب عن غير الكُفْءِ .

٢٧٥ - واستدل أبو حنيفة بأن ثبوت الولاية للنظر إلى المولَّى عليه ، والنظر يحصل بالشفقة الباعثة عليه ، وهي موجودة في الأم وغيرها من الأقارب ، فتثبت لهم ولاية التزويج . إلا أن أقارب الأب يقدمون باعتبار العُصُوبَة ، وهذا لا ينفي ثبوتَها لهم عند عدمه . والمعول عليه مذهب الإمام [١].

(مادة ٣٧)

السُّلْطَانُ وَلِيٌّ فِي النِّكَاحِ لِمَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ ، ثُمَّ الْقَاضِي الَّذِي كَتَبَ لَهُ بِذَلِكَ فِي مَنْشُورِهِ [٢] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٤) : القاضي ولي من لا ولي له .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٢) القاضي ولي من لا ولي له .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٧٩/٣) : « (ثم للسلطان ، ثم لقاضٍ نَصَّ له عليه في منشوره) ، ثم لنوابه إن فَوَّض له ذلك ؛ وإلا لا » . انظر : فتح القدير (٢٨٧/٣) ، والفتاوى الهندية (٤٤٨/٣) .

٢٧٦ - فإذا عُدِمَتْ جميعُ الأقارب من العَصَبَات وغيرهم ، فالذي يزوج الشخصَ الصغيرَ ومن يَلْحَقُ به مولى الموالاة إن وُجِد ، وهو الذي أسلم أبو الصغير على يديه ، ووالاه بأن قال له : أنت مَوْلَايَ ترثني إذا مُتُّ ، وتَعْقِل عني إذا جَنَيْتُ .

٢٧٧ - فإن لم يوجد ، انتقلت الولاية إلى السلطان ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « **السلطان وَلِيُّ مَنْ لا وليَّ له** » (١) .

٢٧٨ - ولكن لما كان السلطان لا يتولى مثل هذه العقود ؛ فيتولاها القاضي الذي كتب له ذلك في منشوره .

٢٧٩ - ولما كان القاضي العام الذي له هذا الحق لا يمكنه أن يتولى كل عقد ، فيتولاه نوابه إن أذن لهم بذلك .

(مادة ٣٨)

لَيسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُزَوِّجَ الْيَتِيمَ وَالْيَتِيمَةَ مُطْلَقًا ، وإِنْ أَوْصَى إِلَيْهِ الأَبُ بِذَلِكَ ، مَا لَمْ يَكُنْ قَرِيبًا لَهُمَا أَوْ حَاكِمًا يَمْلِكُ التَّزْوِيجَ ، وَلَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ (٢) .

* * *

(١) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي / ١١٠٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الولي / ٢٠٨٣) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : لا نكاح إلا بولي / ١٨٧٩) .

(٢) **هذه المسألة مختلف فيها :**

قول الحنفية : جاء في مجمع البحرين (٣٣٨/١) : « وليس للوصي أن يزوج مطلقًا ، وروى هشام عن الإمام : إن أوصى إليه الأب ، جاز . لكن الأول هو الصحيح . أما إذا كان الموصِّي عَيَّنَ رجلًا في حياته ، فزوجها الوصِّي به ، جاز ، كما لو وَكَّل في حياته تزويجها » ، وجاء في تبيين الحقائق (١٢٦/٢) : « (وليس للوصي أن يزوج الأيتام إلا ... إلخ) هذا رواية عن أبي حنيفة . وظاهر الرواية : ليس له ذلك مطلقًا . قال قاضي خان في فتاويه : والوصي لا يملك إنكاح الصغير والصغيرة ، أوصى إليه الأب في ذلك أو لم يوصِ ، وروى هشام عن أبي حنيفة ، وهو قول مالك - : إن أوصى إليه الأب ، جاز له تزويج الصغير والصغيرة » .

قول الشافعية : جاء في الأم (١٢٧/٤) : « وإذا أوصى الميت بإنكاح بناته إلى رجل ، فإن كان وليهن الذي لا أولى منه زوجهن بولاية النسب أو الولاء دون الوصية ، جاز . وإن لم يكن وليهن ، لم يكن له أن يزوجهن . وفي إجازة تزويج الوصي إبطال للأولياء ، إذا كان الأولياء أهل النسب . ولا يجوز أن يلي غير ذي نسب . فإن قال قائل : يجوز بوصية الميت أن يلي ما كان يلي الميت ، فالميت لا ولاية له على حي » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (١٧٧/٣) : « وصي أمره الأب بالإجبار ، =

٢٨٠ - وليس لغير مَنْ ذُكِروا ولايةُ التزويج ، ولو كان وَصِيًّا ؛ لأن ولايته على المال لا على النفس ، فليس للوصي أن يزوج اليتيم واليتيمة ، سواء أوصى إليه الأب بذلك أم لا .

٢٨١ - وفي رواية عن أبي حنيفة : أن الأب إن أوصى إليه بذلك ، ثبتت له الولاية في التزويج أيضًا ؛ وهذا حسن .

٢٨٢ - والوصي لا تثبت له الولاية على الصغير والصغيرة من جهة كونه وصيًّا ، فلو كان قريبًا لهما ، بأن أقام رجل أحد أولاده وصيًّا على باقي أولاده وفيهم صغير ، فهذا الوصي له أن يزوج الصغيرة إذا لم يكن هناك مَنْ هو مقدَّم عليه في الولاية . فإن وُجِد من يقدم عليه كأبي الأب ، أو كان هذا الوصي أخًا لأب للصغير وله أخ شقيق ، فليس للوصي ولاية التزويج ، بل تثبت لمن هو أقرب منه .

٢٨٣ - ولو كان الوصي حاكمًا ، بأن أقام رجلٌ الحاكمَ الذي له ولاية التزويج وصيًّا على أولاده وفيهم صغير ، فلهذا الحاكم أن يزوج الصغير ، لكن لا من جهة كونه وصيًّا بل من جهة كونه حاكمًا . ومحل كونه يملك التزويج ، إذا لم يكن هناك مَنْ هو أولى منه . فإن وُجِد كأن كان للصغير أخ أو أم ، فليس للحاكم ولاية التزويج .

٢٨٤ - **وقال الإمام مالك** : للوصي ولاية الإجبار إن عَيَّنَ له الأبُ الزوجةَ ، أو أمره بالجبر صراحة أو ضِمْنًا ، كما إذا قال له : زَوِّجْهَا قبل البلوغ ، أو بعده ، أو على أي حالة شئتَ ، أو أمره بالنكاح ، ولم يعين له الزوج ولا الإجبار ، بأن قال : زَوِّجْهَا .

= فلا خلاف أن له ذلك ، وينزل منزلة الأب في حياته ومماته . وإليه الإشارة بقوله (وجَبَر وصيٌّ أَمَرَه أب به أو عين له الزوج) يعني أن الوصي له جبر من يجبره الأب وهي الثيّب إن صغرت ، والبِكْر ولو عانسا ، إذا أمره الأب بالإجبار صريحًا أو تضمنًا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٥/٧) : « واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله : هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية ، فروي أنها تستفاد بها ، وهو اختيار الخرقي ، لقوله : أو وَصًى ناظرًا له في التزويج . وهو قول الحسن ، وحماد بن أبي سليمان ، ومالك . وعنه : لا تستفاد بالوصية . وبه قال الثوري ، والشعبي ، والنخعي ، والحارث العكلي ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر ؛ لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعًا ، فلم يجز أن يوصِي بها كالحضانة ؛ ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها ، فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ؛ ولأنها ولاية نكاح ، فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم » .

(مادة ٣٩)

لاَ وِلاَيَةَ فِي النِّكَاحِ وَلاَ فِي الْمَالِ لِمُسْلِمٍ عَلَى ذِمِّيٍّ ، إِلاَ إِذَا كَانَ سُلْطَانًا أَوْ نَائِبًا عَنْهُ . وِلِلذِّمِّيِّ الْوِلاَيَةُ فِي النِّكَاحِ وَالْمَالِ عَلَى ذِمِّيٍّ مِثْلِهِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٢٦/٢) : « ولاية لمسلم على كافرة . وينبغي أن يقال : إلا أن يكون المسلم سيدَ أمةٍ كافرةٍ أو سلطانًا ؛ وللكافر ولاية على مثله ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ » ؛ وجاء في الدر المختار (٧٧/٣ ، ٧٨) : « (وكذا لا ولاية) في نكاح ولا في مال (لمسلم على كافرة إلا) بالسبب العام (بأن يكون) المسلم (سيد أمة كافرة أو سلطانًا) أو نائبه أو شاهدًا (وللكافر ولاية على) كافر (مثله) اتفاقًا » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٥٦/٧ ، ٢٥٧) : « (ويلي الكافر) الأصلي غير الفاسق في دينه (الكافرةَ) وإن اختلف دينهما ، سواء أكان الزوج مسلمًا أم ذميًا ، وهي مجبرة أو غير مجبرة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ . لا المسلمةَ إجماعًا ، ولا المسلمُ الكافرةَ ، إلا الإمام ونائبه ، فإنه يزوج مَنْ لا ولي لها » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (١٨٨/٣) : « كُفر الولي مانع من صحة عقد نكاح وليته المسلمة ؛ إذ لا ولاية له عليها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ . وسواء في ذلك الذمي والمرتد والحربي وعكسه أي : أن الحكم كذلك في عكس هذا الفرع المذكور ، وهو أن يكون الوليُّ مسلمًا والمرأةُ كافرةً على المشهور ؛ لقوله تعالى : ﴿ مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ ﴾ . فلو زوجها ، ففيه تفصيل يعلم من قوله : وإن عَقَد مسلمٌ لكافرٍ تُرِك . أي : وإن عقد لمسلم لا يترك ، بل يفسخ . فمقصود المؤلف : أنه لا ولاية للمسلم على الكافر » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢١/٧) : « (ولا يزوج كافر مسلمة بحال ، ولا مسلم كافرة ، إلا أن يكون المسلم سلطانًا ، أو سيدَ أمةٍ) أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم . وقال أبو الخطاب في الذمي : إذا أسلمت أم ولده ، هل يلي نكاحها ؟ **على وجهين** ، **أحدهما** : يليه ؛ لأنها مملوكته ، فيلي نكاحها كالمسلم ؛ ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها . **والثاني** : لا يليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ ؛ ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته . فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا أولى ، لما ذكرنا من الإجماع ؛ وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة ، غير السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة ، وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ ؛ ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه ، فلم يَلِ عليه .

وأما سيد الأمة الكافرة ، فله تزويجها لكافر ؛ لكونها لا تَحِلُّ للمسلمين ، وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكافر ؛ لأنها ولاية بالملك ، فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلمًا كسائر الولايات ؛ ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ولا ولي لها غير سيدها .

فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة ؛ لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام ، وهذه من =

٢٨٥ - ويشترط في الولاية الخاصة اتحادُ الدين ، وحينئذٍ فلا ولاية في النكاح ولا في المال لمسلم على ذمي ، كما أنه لا ولاية للذمي على المسلم أصلًا .

٢٨٦ - ولا يشترط اتحاد الدين في الولاية العامة ، فللسلطان أو نائبه الولاية على المسلمين والذميين في المال وفي الزواج . وللذمي الولاية في الزواج وفي المال على ذمي مثله ، لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [1] . فإذا فرضنا ثلاثةَ إخوة، أحدهم مسلم والآخران ذميان ، وأحدهما صغير ؛ فالولاية على نفسه وماله لأخيه الذمي ، ولو كان مسلمًا ؛ فالولاية لأخيه المسلم [2] .

(مادة ٤٠)

لاَ وِلاَيَةَ لِلْوَلِيِّ الأَبْعَدِ مَعَ وُجُودِ الْوَلِيِّ الأَقْرَبِ الْمُتَوَفِّرَةِ فِيهِ شُرُوطُ الأَهْلِيَّةِ . فَإِذَا غَابَ الأَقْرَبُ بِحَيْثُ لاَ يَنْتَظِرُ الْخَاطِبُ الْكُفْءُ اسْتِطْلاَعَ رَأْيِهِ ؛ جَازَ لِمَنْ يَلِيهُ فِي الْقُرْبِ أَنْ يُزَوِّجَ الصَّغِيرَةَ ، وَلاَ يَبْطُلُ تَزْوِيجُهُ بِعَوْدِ الأَقْرَبِ. وَكَذَا إِذَا كَانَ الأَقْرَبُ غَيْرَ أَهْلٍ لِلْوِلاَيَةِ ، جَازَ لِلأَبْعَدِ أَنْ يَتَوَلَّى تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ [3] .

* * *

= أهل الدار ، فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة . وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين . ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ، ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان ، بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين » .

(١) الأنفال : ٧٣ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٣) : إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٢) : إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه ، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (١٠/٢) : « (وإذا غاب الولي الأقرب غَيْبة منقطعة ، جاز لمن هو أبعد منه أنه يزوج خلافًا لزفر) والأصل أن عندنا أن الولي الأبعد أولى من السلطان ، حتى لو زوجها السلطان مع حضوره ، لم يجز » .

قول الشافعية : جاء في حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب (١٥١/٤) : « (ويزوج السلطان إذا غاب الولي الأقرب مرحلتين) والأولى أن يأذن للأبعد أو يستأذن ، خروجًا من الخلاف . ولو بان كونه بدون مسافة القصر ببينة أو بحلفه ، لم يصح تزويج السلطان » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٢٨١/٣) : « (و) صح النكاح (بـ) تولي ولي (أبعد مع) وجود ولي =

٢٨٧ - فقد عُلِم لك من ترتيب الأولياء فيما تقدَّم أنه لا يجوز للولي البعيد أن يزوج الصغير والصغيرة مع وجود الولي القريب . فإذا كانت بنت لها أخوان أحدهما شقيق والآخر لأب ، فليس للأخ لأب أن يزوج الصغيرةَ والشقيقُ موجودٌ ، وإلا لما كانت هناك فائدة في الترتيب . ولكن محل ذلك : إذا كان الأخ الشقيق مستوفيًا شرائط الولي ، فإن فُقِدَ شرطٌ من الشروط التي عَرَفْتَها ، بأن كان الأخ الشقيق صغيرًا أو مجنونًا ، فالولاية تنتقل إلى الأخ لأب ؛ لأن الشقيق في هذه الحالة كأنه غير موجود لعدم صلاحيته للولاية .

٢٨٨ - وتنتقل الولاية للولي البعيد أيضًا إذا غاب الولي القريب.

٢٨٩ - واختلفوا في الغَيْبة التي بسببها تنتقل الولاية للبعيد على أقوال كثيرة ، ولكن المعول عليه أنها بحيث لا يَنْتَظِر الخاطب الكفء أَخْذَ رأي الوليِّ الغائبِ القريبِ ، ولو كان مختفيًا في البلد الذي يحصل فيه العقد .

٢٩٠ - ولا يبطل تزويج الولي البعيد بِعَوْدِ القريب ؛ لأنه عقد صدر عن ولاية تامة ، فلا يبطل .

٢٩١ - **وقال زفر رحمه الله تعالى** : لا يزوجها أحد .

٢٩٢ - **وقال الشافعي رحمه الله تعالى** : يزوجها الحاكم في هذه الحالة ، اعتبارًا لها بحالة ما إذا امتنع الولي القريب عن تزويجها ، فإن الولاية تنتقل إلى الحاكم بالاتفاق .

٢٩٣ - واستدل زفر بأن ولاية الأقرب قائمة ، ولهذا لو زوجها حيث هو جاز . ولا ولاية للبعيد ولا للسلطان مع ولايته ، فصار كما إذا كان حاضرًا.

٢٩٤ - واستدل الباقون بأن هذه الولاية نظرية ، وليس من النظر التفويض إلى مَنْ لا يُنْتَفَعُ برأيه ، ففوضناه إلى البعيد ؛ لأنه مقدَّم على السلطان ، فصار كما إذا كان الأقرب مجنونًا أو رقيقًا أو صغيرًا .

وقولِ زفر : لو زوجها الأقرب حيث هو ، جاز لا رواية فيه ، فلنا أن نمنع ؛ لأنه لو جاز أَدَّى إلى مفسدةٍ .

٢٩٥ - بيانه : أن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب ؛ لعدم علمه بذلك لدخل

= (أقرب) كعقد عم مع وجود أخ ، أو أب مع ابن ، أو أخ لأب مع أخ شقيق ، (إن لم يُجْبِر) الأقربَ » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٢١/٧ ، ٢٢) : « إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب ، فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه ، لم يصح » ، وجاء فيه أيضًا (٢٥/٧) : « الأقرب إذا غاب غَيْبة منقطعة ، فللأبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم » .

عليها الزوج وهي في عصمة غيره ، وفساد هذا لا يخفى . فلم يبق إلا ولاية البعيد .

ولئن سلمنا ما قاله كما هو رأي الكثيرين ، فنقول : للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير ، وللأقرب بعد التدبير وقرب القرابة ، فَنُزِّلاَ منزلة وليين متساويين ، فأيهما عقد أولًا نَفَذَ ولا يُرَدُّ (١) .

(مادة ٤١)

إِذَا عَضَلَ الأَقْرَبُ وَامْتَنَعَ مِنْ تَزْوِيجِ الصَّغِيرَةِ ، فَلَيْسَ لِلأَبْعَدِ وِلاَيَةُ تَزْوِيجِهَا ، بَلْ يُزَوِّجُهَا الْقَاضِي أَوْ نَائِبُهُ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ الْعَاضِلِ ، وَلَوْ كَانَ أَبَا الصَّغِيرَةِ ، إِذَا تَحَقَّقَ الْقَاضِي أَنَّ امْتِنَاعَهُ كَانَ بِغَيْرِ سَبَبٍ مَقْبُولٍ ، وَأَنَّ الزَّوْجَ كُفْءٌ لَهَا ، وَالْمَهْرَ مَهْرُ مِثْلِهَا . وَلَيْسَ لأَحَدٍ نَقْضُ النِّكَاحِ الَّذِي عَقَدَهُ الْقَاضِي أَوْ نَائِبُهُ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ التَّزْوِيجُ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ فِي مَنْشُورِهِ ، فَإِنْ كَانَ امْتِنَاعُ الأَقْرَبِ مِنْ تَزْوِيجِهَا لِكَوْنِ الزَّوْجِ غَيْرَ كُفْءٍ لَهَا أَوْ لِكَوْنِ الْمَهْرِ دُونَ مَهْرِ الْمِثْلِ ، فَلاَ يُعَدُّ عَاضِلًا ، وَلاَ يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يُزَوِّجَهَا (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٣١) يتم الزواج بإذن القاضي بولاية الولي الأبعد إذا :
أ - عضل الولي المرأة أو تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعًا أو اختلفوا .
ب - غاب الولي الأقرب وقدر القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج .

(٢) **هذه المسألة مختلف فيها :**

قول الحنفية : جاء في العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢١/١) : « (سئل) فيما إذا عَضَل الولي الأقرب في تزويج الصغيرة ، هل تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد أو القاضي ، (الجواب) : لا تنتقل للأبعد ، بل يزوجها القاضي . فإن قلت : يخالفه ما في الخلاصة والبزازية من أنهم أجمعوا على أن الولي الأقرب إذا عضل ، تنتقل الولاية إلى الأبعد . قلت : لا مخالفة ؛ لأن الأبعد في كلام الخلاصة والبزازية هو القاضي ؛ لأنه آخر الأولياء فأفعل التفضيل على بابه ؛ ولذا قال في الفيض بعد ما قدمناه عنه : لو عضل الولي الأقرب الصغير والصغيرة عن تزويجهما ، يزوجهما القاضي ، لكن تزويجه هنا نيابة عن العاضل بإذن الشرع لا بغيره ؛ لأن العاضل ظالم بالمنع ، وللقاضي كَفُّ يَدِ الظلمة » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٥٢/٤) : « (يزوج) السلطان (إذا عضل) النسيب (القريب) ولو مجبرًا ، أي : امتنع من تزويجها هو (والمعتق) وعصبته ؛ لأنه حق عليهم . فإذا امتنعوا من وفائه ، وَفَّاهُ الحاكم . ولا تنتقل الولاية للأبعد جزمًا . وهذا محله إذا كان العضل دون ثلاث مرات . فإن كان ثلاث مرات ، زَوَّجَ الأبعدُ بناء على منع ولاية الفاسق كما قال الشيخان » .

٢٩٦ - فإذا كان الولي القريب موجودًا ومتوفرةً فيه شروطُ الولاية ، فليس للبعيد التزويج . فإن زوجها - والحالة هذه - يكون هذا العقد موقوفًا على إجازة القريب ، فإن أجازه نفذ ، وإن لم يُجِزْهُ بَطَل .

٢٩٧ - ولا تكون الإجازة في هذه الحالة إلا برضاه صراحة أو دلالة ، فسكوته لا يعتبر إجازة لهذا العقد ، ولو كان حاضرًا مجلسه ؛ لأنه لا يدل قطعيًا على الرضا ؛ إذ يحتمل أن يكون لعدم المبالاة بهذا العمل الذي صدر من غير ولاية معتبرة .

٢٩٨ - فلو امتنع القريب من تزويج الصغيرة ، فإما أن يكون امتناعه بحق ، أو بغير حق . فإن كان الأول بأن أبدى سببًا مقبولًا ، كأن كان الخاطب لا يدفع مهر مثلها ولو كان كفأً ، فلا حق لأحد في تزويجها . وإن كان الثاني بأن لم يُبْدِ سببًا مقبولًا في عدم الزواج ، كأن كان الخاطب كفأً ويدفع مهر مثلها ، فلا يزوجها البعيد أيضًا ، بل الذي يزوجها في هذه الحالة هو القاضي أو نائبه ، سواء كان التزويج منصوصًا له في منشوره أو لا ، ولو كان الممتنع هو الأب .

٢٩٩ - **والفرق بين العاضل والغائب** : أن العاضل ظالم ، فتنتقل الولاية إلى الحاكم ؛ لأن رفع الظلم إليه . والغائب غير ظالم ، لا سيما إذا كان سفره للحج والجهاد ، فافترقا ، فأشبه النفقة والحضانة فإنها تنتقل إلى البعيد .

٣٠٠ - فإن كان امتناع الأب من تزويجها للخاطب الكفء الذي يدفع مهر مثلها ، لتعلق إرادته بتزويجها لكفء آخر . فإن كان حاضرًا ، فلا يكون ممتنعًا بغير حق ، فليس لأحد تزويجها ؛ لأن شفقته دليل على أنه اختار لها الأنفع ، أما إذا كان الكفء الذي يريد تزويجها له غائبًا وامتنع من تزويجها للحاضر ، فهو عاضل ؛ لأنه متى حضر الكفء فلا يُنْتَظَرُ غيره خوفًا من فواته ؛ ولذا تنتقل الولاية إلى البعيد إذا غاب القريب .

٣٠١ - **وبعضهم يقول** : تنتقل الولاية للبعيد عند امتناع القريب بغير حق ، كما في

= **قول المالكية** : جاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك (٣٧٥/٢ ، ٣٧٦) : « (وعلى الولي) وجوبًا (الإجابة لكفء رضيت به) الزوجة الغير المجبرة (وإلا) بأن امتنع من كفء رضيت الزوجة به (كان عاضلًا) بمجرد الامتناع (فيأمره الحاكم) إن رفعت له بتزويجها (ثم) إن امتنع (زَوَّجَ) الحاكمُ ، ولا ينتقل الحقُّ لِمَنْ بعد العاضل من الأولياء . (إلا) أن يكون امتناعه (لوجه) صحيح ، فلا يُزَوِّج الحاكمُ .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٣/٧ ، ٢٤) : « إذا عضلها وليها الأقرب ، انتقلت الولاية إلى الأبعد . نص عليه أحمد . وعنه رواية أخرى : تنتقل إلى السلطان » .

حال غَيْبته . ولكن الصحيح ما تقدم لك من انتقالها للقاضي في هذه الحالة [١] .

(مادة ٤٢)

إِذَا اسْتَوَى وَلِيَّانِ فِي الْقُرْبِ ، فَأَيُّهُمَا تَوَلَّى النِّكَاحَ بِشُرُوطِهِ جَازَ ، سَوَاءٌ أَجَازَهُ الآخَرُ أَوْ لَمْ يُجِزْهُ [٢] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٢) : ٢ - إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز .

وجاء **في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٨) أ - الولي في الزواج العاصب بنفسه على ترتيب الإرث .

ب - إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز ويتعين من أذنت له المخطوبة .

ج - إذا تولى العقد الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب انعقد الزواج صحيحًا ما لم يكن الأقرب أبًا فينعقد موقوفًا على إجارته ؛ فإن لم يجز فله طلب الفسخ وللقاضي اتخاذ ما يراه مناسبًا وفق ملابسات الحال ومقتضيات المصلحة .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٩/٢) : « فإذا اجتمع وليان في درجة واحدة ، فزوج أحدهما ؛ جاز ، سواء أجاز الآخر أو فسخ . بخلاف الجارية بين اثنين ، زوجها أحدهما فإنه لا يجوز إلا بإجازة الآخر » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٦٨/٧) : « (وإذا اجتمع أولياء) من النسب (في درجة) ورتبة واحدة كإخوة أشقاء وقد أذنت لكلٍّ ، أو قالت : أذنتُ لمن شاء منكم أو من مناصيب الشرع ، أو لأحدهم في تزويجي من فلان ، أو رضيتُ أن أُزَوَّجَ أو رضيتُ فلانًا زوجًا . وتعيينها لأحدهم بَعْدُ ليس عزلًا لباقيهم (استحب أن يزوجها أفقههم) بباب النكاح وأورعهم (وأسنهم برضاهم) أي : باقيهم ؛ لأن الأفقه أعلم بشروط العقد ، والأورع أبعد عن الشبهة ، والأسن أخبر بالأَكْفَاء . واحتيج لرضاهم ؛ لأنه أجمع للمصلحة . فإن تعارضت الصفات ، قُدِّم الأفقه فالأورع فالأسن . ولو زوج المفضول ؛ صح » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (١٩١/٣) : « إذا كان للمرأة أولياء وهم في المنزلة سواء : إخوة أو بنو إخوة أو أعمام ، أو بنو أعمام ، فاختلفوا أيهم يتولى العقد مع اتفاقهم على الزوج ، أو اختلفوا في تعيين الزوج بأن يريد كل منهم تزويجها لغير من يريده الآخر ، ولم تعين المرأة أحد الزوجين . وإلا أجيبت إلى ما عينته ، إن كان كفئًا ؛ فإن السلطان ينظر فيمن يلي العقد منهم في الأولى ، وفيمن يزوجها هو منه في الثانية » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٦٤٣ ، ٦٤٤) : « وإن استوى وليان فأكثر لامرأة (في درجة) كإخوة كلهم لأبوين أو لأب ، أو بني إخوة كذلك أو أعمام أو بنيهم كذلك (صح التزويج من كل واحد) منهم لوجود سبب الولاية في كل منهم » .

٣٠٢ - وكل هذه الأحكام فيما إذا اختلفت الأولياءُ جهةً أو درجةً أو قوةً.

٣٠٣ - فإذا استوى وليان في القرب كأخوين شقيقين مثلًا ، وكلٌّ منهما مستوفٍ لشروط الولاية ؛ فأيهما تولى الزواج وكان مستوفيًا كل الشرائط ؛ جاز هذا العقد ، سواء أجازه الآخر أو لم يجزه ؛ لأن الولاية ليست متجزئة وفي كل منهما جزء منها ، حتى يلزم اجتماعهما ، بل هي ثابتة لكلٍّ منهما على انفراده ، فله أن يتولى العقد بمقتضى هذه الولاية . ومتى باشر شخص أي عقد مستوفٍ لجميع شرائطه بولاية تامة ، نفذ ولا ينقض .

٣٠٤ - ومن العلماء من قال : لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل . فإن زَوَّجَهَا كُلٌّ منهما ؛ فالصحة للسابق . فإن لم يُعْلَم السابق أو وقعا معًا ؛ بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح .

٣٠٥ - ولو زوجها أبوها وهي بِكْر بالغة بأمرها وزوجت هي نفسها من آخر ، فأيهما قالت هو الأول ، فالقول قولها ، وهو الزوج ؛ لأنها أَقَرَّت بملك النكاح له على نفسها ، وإقرارها حجة تامة عليها . وإن قالت : لا أدري الأول . ولا يُعْلَم من غيرها ، فُرِّقَ بينها وبينهما لعدم أولوية واحد منهما على الآخر . فلو قدمنا واحدًا منهما ، لزم الترجيح بلا مرجِّح . ومثل هذا إذا زوجها وليان بأمرها (١) .

(مادة ٤٣)

لا يَجُوزُ لِلْحَاكِمِ الَّذِي لَهُ وِلايَةُ الإِنْكَاحِ أَنْ يُزَوِّجَ الْيَتِيمَةَ الَّتِي لا وَلِيَّ لَهَا مِنْ نَفْسِهِ وَلا مِنْ أُصُولِهِ وَفُرُوعِهِ (٢) .

* * *

٣٠٦ - ومتى ثبتت الولاية للحاكم ، فله أن يزوجها ممن شاء .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٥) : ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٤) ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصله أو فرعه .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٣/٤٢٤) : « فعل القاضي حُكْم ، فلو زوج اليتيمة من نفسه أو ابنه ، لم يجز » . انظر : البحر الرائق (٦/٢٧٩) .

٣٠٧ - واستثنوا من ذلك تزويجها لنفسه ، ولأصوله كأبيه ، وفروعه كابنه وابن ابنه وإن سفل ؛ فإنه لا يجوز ، كما إذا باع مال اليتيم لنفسه أو لأحد من هؤلاء ، فإنه غير جائز .

والسبب في ذلك : أن فعل القاضي حُكْمٌ ، وحُكْمه لنفسه أو لأحد من هؤلاء غير جائز . ومن هنا يُعْلَم أن فعل القاضي حُكْم وإن عَرَا عن الدعوى.

٣٠٨ - ولا منافاة بين هذا وقولهم : شرط نفاذ القضاء في المجتهدات أن يصير الحكم في حادثة تُجرى فيها خصومة صحيحة عند القاضي من خصم على خصم ؛ لأن ما هنا محمول على الحكم الفعلي ، وما قالوه محمول على الحكم القولي .

ومثل ما هنا : القضاء الضمني ، فلا تشترط له الدعوى والخصومة ، كما إذا شهدا على خَصْم بحق ، وذكرا اسمه واسم أبيه واسم جده ، وقضى بذلك الحق ، كان قضاءً بنَسَبِهِ ضِمْنًا ، وإن لم يكن في حادثة النسب . وكذا لو شهدا بأن فلانةً زوجةَ فلانٍ وَكَّلَت زوجها فلانًا في كذا على خصم مُنْكِر ،.وقضى بتوكيلها ، كان قضاء بالزوجية بينهما .

٣٠٩ - ونظيره الحكم بثبوت الرمضانية في ضمن دعوى الوكالة ، أو بثبوت الدين ، وأمثلته كثيرة [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨) أ - لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا بموافقة وليه وإذن القاضي بعد توفر الشروط التالية:

١ - قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حالته .

٢ - كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله .

٣ - كون زواجه فيه مصلحة له .

ب - يتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص .

الفصل الثاني
في نكاح الصغير والصغيرة
ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين

(مادة ٤٤)

لِلأَبِ وَالجَدِّ وَغَيْرِهِمَا مِنَ الأَوْلِيَاءِ وِلايَةُ إِنْكَاحِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ بِشُرُوطِهِ جَبْرًا ، وَلَوْ كَانَتْ ثَيِّبًا . وَحُكْمُ الْمَعْتُوهِ وَالْمَعْتُوهَةِ ، وَالْمَجْنُونِ وَالْمَجْنُونَةِ شَهْرًا كَامِلًا كَالصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ (1) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٤١/٢) : « وأما ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد ، فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا : كون المولَّى عليه صغيرًا أو صغيرةً أو مجنونًا كبيرًا أو مجنونةً كبيرةً ، سواء كانت الصغيرة بِكْرًا أو ثيِّبًا ، فلا تثبت هذه الولاية على : البالغ العاقل ، ولا على العاقلة البالغة » . انظر : تبيين الحقائق (١١٧/٢) ، وفتح القدير (٢٥٥/٣ ، ٢٦٠) .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٤٦/٤ ، ٢٤٧) : « (وللأب) ولاية الإجبار وهي (تزويج) ابنته (البِكْر صغيرة أو كبيرة) عاقلة أو مجنونة ؛ إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة (بغير إذنها ، ويستحب استئذانها) أي : البِكْر إذا كانت مكلفة ، أما غير المكلفة فلا إذن لها ، ويسن استفهام المراهقة وألا يزوج الصغيرة حتى تبلغ (وليس له تزويج ثيِّب) بالغة وإن عادت بكارتها (إلا بإذنها) ؛ لأنها عرفت مقصود النكاح فلا تجبر بخلاف البِكْر (فإن كانت) تلك الثيِّب (صغيرة) غير مجنونة وغير أمة (لم تزوج) سواء احتملت الوطء أم لا (حتى تبلغ) ؛ لأن إذن الصغيرة غير معتبر ، فامتنع تزويجها إلى البلوغ ، أما المجنونة : فيزوجها الأب والجد عند عدمه قبل بلوغها للمصلحة . (والجد) أبو الأب وإن علا (كالأب عند عدمه) أو عدم أهليته » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٥/٢ ، ٦) : « (وللأب) الذي لا ولي له (إنكاح ابنته البِكْر) قهرًا عليها إن لم تبلغ اتفاقًا بل (وإن بلغت) وصارت عانسًا على المشهور (بغير إذنها) وبغير رضاها (وإن شاء) أي أراد الأب (شاورها) أي : البِكْر البالغ على جهة الندب تطييبًا لخاطرها ؛ ولأنه أدوم للعشرة .

وأما غير البالغ : فلا يندب مشاورتها . كما يجبر الأب البكر ، يجبر الثيب المجنونة ولو ذات أولاد ، بخلاف الثيب الكبيرة فلا جبر له ولو ثيبت بنكاح فاسد مجمع عليه ، ومن الثيِّبات بالنكاح من تجبر ، وهي الثيِّب الكبيرة إذا ظهر فسادها وعجز وليها عن صونها فيجبرها الولي ولو غير أب (وأما غير الأب) من الأولياء (في البِكْر) وبَيَّن غير الأب بقوله : (وصي أو غيره) من أخ ، أو عم ، أو قاض (فلا) يحل له أن (يزوجها) بغير إذنها (حتى تبلغ وتأذن) لذلك الغير من الأولياء في النكاح (ولا يزوج الثيِّب) الحرة التي لا تجبر (أب ولا غيره) ممن له عليها ولاية (إلا برضاها وتأذن بالقول) وقيدنا بالتي لا تجبر للاحتراز عن الثيِّب الصغيرة ومن ألحق بها ممن تجبر على النكاح فلا تستأذن » .

٣١٠ - قد علمتَ مما تقدم أن الولاية في الزواج قسمان : ولاية إجبار ، وولاية استحباب . **فالأولى** : تكون بالنسبة : للصغير ، والصغيرة ، ومَنْ يَلْحَق بهما . **والثانية** : بالنسبة للكبيرة المكلفَة .

٣١١ - فمتى ثبتت الولاية لواحد من الأولياء المتقدمين ، سواء كان أبًا أو جدًّا أو غيرهما ، وسواء كان عصبة أو غير عصبة ، وسواء كان قريبًا أو غير قريب ؛ جاز له أن يُزَوِّجَ الصغير والصغيرة ، بِكْرًا كانت أو ثيِّبًا ، والمجنون والمجنونة ، والمعتوه والمعتوهة جبرًا ، يعني : رَضِي كلٌّ واحدٍ منهم بهذا التزوج أو لم يَرْضَ ؛ لأن كلاًّ ممن ذُكِر ناقصُ العقل أو فاقدُهُ ، فلا يهتدي إلى الصالح له ، فجعل الشارع الوليَّ ناظرًا لمصالحهم . فمتى رأى المصلحة في شيء فعله .

٣١٢ - ولا فرق بين أن يكون الجُنُون أو العَتَهُ أصليًا كأن بلغ كلٌّ من الصغير والصغيرة مجنونًا أو معتوهًا ، أو طارئًا كأن بلغ كلٌّ منهما عاقلًا ثم طَرَأَ عليه الجنونُ أو

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٨/٥٢ - ٥٧) : « اعلم أن في تزويج الأب أولاده الصغار عشر مسائل :
إحداها : أولاده الذكور العقلاء الذين هم دون البلوغ ، والكبار المجانين ؛ فله تزويجهم ، سواء أذنوا أو لا ، وسواء رَضُوا أم لا ، بمهر المثل أو بزيادة عليه ، على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه في كل واحد منهما .

المسألة الثانية : أولاده الذكور العاقلون البالغون : ليس له تزويجهم . يعني بغير إذنهم بلا نزاع ؛ إلا أن يكون سفيهًا ، ففي إجباره وجهان . قلت : الأولى الإجبار ، إن كان أصلح له .

المسألة الثالثة : ابنته البِكْر التي لها دون تسع سنين : فله تزويجها بغير إذنها ورضاها بلا نزاع . وحكاه ابن المنذر إجماعًا .

المسألة الرابعة : البِكْر التي لها تسع سنين فأزيد إلى ما قبل البلوغ : له تزويجها بغير إذنها . على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب .

المسألة الخامسة : البِكْر البالغة : له إجبارها أيضًا . على الصحيح من المذهب مطلقًا .

السادسة : البِكْر المجنونة : له إجبارها مطلقًا . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

السابعة : الثيِّب المجنونة الكبيرة : له إجبارها . على الصحيح من المذهب .

الثامنة : الثيِّب العاقلة التي لها دون تسع سنين : له إجبارها . على الصحيح من المذهب ، وقطع به كثير من الأصحاب .

التاسعة : الثيِّب العاقلة التي لها تسع سنين فأكثر ولم تبلغ : فأطلق المصنف في جواز إجبارها وجهين . وهما كذلك عند الأكثرين ، أحدهما : ليس له إجبارها . وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وعنه : له إجبارها .

العاشرة : الثيِّب البالغة العاقلة ، ليس له إجبارها بلا نزاع » .

العَتَهُ بعد ذلك . غير أنه في الحالة الأولى لم تنقطع الولاية ؛ لأنها كانت موجودة في حال الصغر ، واستمرت ببلوغ كلٍّ منهما غيرَ صالحٍ لِتَوْلِيَتِهِ شؤونَ نفسِهِ . وفي الحالة الثانية تنقطع الولاية بالبلوغ عاقلًا لزوال السبب الموجِبِ لها وهو قِصَر العقل ، ثم تعود بطروء ما يوجبها ، ولكن لا تعود إلا إذا استمر شهرًا على ما هو المعتبر .

٣١٣ – واختلفوا في المعتوه على أقوالٍ كثيرة ، والمرتضى أنه سيئُ التدبيرِ قليلُ الفهمِ مختلط الكلام إلا أنه لا يَضْرِب ولا يَشْتُم (١) ، بخلاف المجنون .

(مادة ٤٥)

إِذَا وَلِيَ الأَبُ أَوِ الْجَدُّ بِنَفْسِهِ نِكَاحَ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَمَنْ يَلْحَقُ بِهِمَا مِنْ غَيْرِ الْمُكَلَّفِينَ ، وَكَانَ غَيْرَ مَعْرُوفٍ قَبْلَ الْعَقْدِ بِسُوءِ الاخْتِيَارِ مَجَانَةً وَفِسْقًا ؛ لَزِمَ النِّكَاحُ بِلاَ خِيَارٍ لَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ ، وَلَوْ كَانَ النِّكَاحُ بِغُبْنٍ فَاحِشٍ : زِيَادَةً فِي الْمَهْرِ الَّذِي دَفَعَهُ الصَّغِيرُ ، وَنَقْصًا فِي مَهْرِ الصَّغِيرَةِ ، أَوْ كَانَ الزَّوْجُ غَيْرَ كُفْءٍ لَهَا . وَالْمَجْنُونَةُ إِذَا زَوَّجَهَا ابْنُهَا الَّذِي هُوَ وَلِيُّهَا بِغُبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمَهْرِ أَوْ بِغَيْرِ كُفْءٍ ؛ لَزِمَهَا النِّكَاحُ وَلاَ خِيَارَ لَهَا بَعْدَ إِفَاقَتِهَا (٢) .

* * *

٣١٤ – والأولياء ليسوا في حكم واحد بالنسبة لتزويج الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما ؛ بل هم منقسمون إلى قسمين ، **الأول** : الأصل المُذَكَّر العَصَبة ؛ وهو : الأب ، والجد الصحيح وإن علا . والفرع المُذَكَّر أيضًا ؛ وهو : الابن ، وابن الابن وإن سفل . **الثاني** : غيرُ مَنْ ذُكِر ولو كان الحاكم .

٣١٥ – **وكلٌّ من القسمين له حكم يخصه ، وبيانه** : أنه إذا وَلِي واحد من القسم الأول عَقْد الزواج ، بأن وَلِي الأبُ أو الجدُّ عقدَ زواجِ الصغيرِ والصغيرةِ ومن يلحق بهما عند عدم الابن أو وَلِي الابنُ عند وجوده عقد زواج من يلحق بهما ؛ فهناك حالتان لكل

(١) انظر : البحر الرائق (٢٦٨/٣) ، ورد المحتار (٢٤٣/٣) ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٦٥٧/٢) .

(٢) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (١٣٠/٢ ، ١٣١) : « (ولو زَوَّجَ طِفْلَهُ غير كفء أو بغبن فاحش ، صح ، ولم يجز ذلك لغير الأب والجد) أي : لو زوج ولده الصغير غير كفء ، بأن زوج ابنه أمة ، أو زوج بنته عبدًا ، أو زوجه بغبن فاحش ، بأن زوج البنت ونقص من مهرها ، أو زوج ابنه وزاد على مهر امرأته ؛ جاز . وهذا عند أبي حنيفة . وقالا : لا يجوز أن يزوجهما غير كفء ، ولا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه . ومعنى هذا الكلام : أنه لا يجوز العقد عندهما » .

منهم ، **الأولى** : أن يكون كلٌّ منهم غيرَ معروفٍ قبل العقد بسوء الاختيار مَجَانَةً وفِسْقًا . **الثانية** : أن يُعْرَف بسوء الاختيار ، سواء كان آتيًا من جهة المجانة أو الفسق . والماجن هو الذي لا يبالي بما يصنع وبما قيل له ومصدره المـُجون ، والمجانة اسم منه ، والفعل من باب طَلَبَ .

٣١٦ - **ففي الحالة الأولى** : يصح الزواج ، وينفذ ، ويلزم . يعني : أنه لا يثبت خيارُ فَسْخِ هذا العقد عند البلوغ في حالة الصغر ، والإفاقةِ في حالة الجنونِ ، والعَتَهِ في جميع الصور التي تَتَأَتَّى هنا ؛ **وهي أربع** : **الأولى** : أن يكون الزوج كُفْأً والمهر مهر المثل . **الثانية**: أن يكون الزوج كفأً والمهر أقل من مهر المثل . **الثالثة** : أن يكون الزوج غير كفءٍ والمهر أكثر من مهر المثل . **الرابعة** : أن يكون الزوج غير كفءٍ والمهر أقل من مهر المثل أو مساوٍ له .

وكلٌّ من النفاذ واللزوم ظاهر في الصورة الأولى ، لظهور المصلحة حيث كان الزوج كفأً والمهر مهر المثل ، وأما في باقي الصور ، فكان الظاهر في أول الأمر الجواب بعدم الصحة لعدم المصلحة ، ولكن بإمعان النظر نجد ما قالوه موافقًا للصواب ؛ لأن وراء الكفاءة والمهر مقاصد أخرى في النكاح من : سوء الخُلُق وحسنه ، ولطافة العشرة وغِلَظِها ، وكَرَم الصُّحْبَة ولُؤْمِها ، وتوسيع النفقة وتقتيرها .

وهذه المقاصد أهم من الكفاءة والمهر في نظر العقلاء ، فكلٌّ من الأصل والفرع المتقدمَيْنِ يَجِدُّ جِدًّا بالغًا وينظر نظرًا صائبًا بما عنده من وُفُور الشفقة في اختيار الأهم وتقديمه على المهم ، خصوصًا وأنه لم يعرف بسوء الاختيار ؛ بل بحسن النظر في العواقب ؛ لخوفه من اللوم في المستقبل. فهو لا يُقْدِمُ على عمل من الأعمال إلا بعد التدُّبر والتفكُّر فيما يترتب عليه ، فهذا كله يدل على أنه ما زَوَّجَ لغير كفء أو بأقل من مهر المثل إلا لترجيحه المصالح الأخرى على الكفاءة والمهر ، فصححنا عقده نافذًا لازمًا .

٣١٧ - **وقال الصاحبان** : لا يجوز الحَطُّ والزيادة إلا بما يتغابن الناس [1] فيه ؛ لأن الولاية مقيدة بشرط النظر ، فعند فواته يبطل العقد ؛ وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ، ولهذا لا يملك ذلك غيرهما .

٣١٨ - ولأبي حنيفة : أن الحكمة تُدَار على دليل النظر ، وهو قُرْب القرابة . وفي

(١) تغابن القوم : غَبِنَ بعضُهم بعضًا . وغَبِنَ الشيءَ ، وغَبِنَ فيه غُبْنًا وغَبَنًا : نَسِيَه وأغفله وجَهِله. انظر : لسان العرب مادة (غبن) .

النكاحِ المقاصدُ تربو على المهر ، أما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي ، والدليل في غيرهما غير موجود [١] ، والمعول عليه مذهب الإمام .

٣١٩ - ومثل الزوجة في هذه الصور الزوج ؛ لأنه كما يجوز للأب والجد والابن أن يزوج الأنثى التي له الولاية عليها لغير كفءٍ أو بأقل من مهر المثل ، يجوز له أيضًا أن يزوج المُذَكَّر بامرأة أقل منه أو بأكثر من مهر مثلها ، ولا فرق في النقص الذي يحصل في مهر المثل بالنسبة للأنثى والزيادة التي تحصل فيه بالنسبة للمذكر ، بينما إذا كان الغَبْن يسيرًا أو فاحشًا ، فالغَبْن اليسير هو الذي يدخل تحت تقويم المقوِّمين ، والغَبْن الفاحش هو الذي لا يدخل تحت تقويم المقوِّمين .

(مادة ٤٦)

لَوْ كَانَ الأَبُ أَو الجَدُّ مَشْهُورًا قَبْلَ العَقْدِ بِسُوءِ الاخْتِيَارِ مَجَانَةً وَفِسْقًا ، وَزَوَّجَ صَغِيرَهُ أَوْ صَغِيرَتَهُ بِغُبْنٍ فَاحِشٍ فِي المَهْرِ أَوْ بِغَيْرِ كُفْءٍ فَلاَ يَصِحُّ النِّكَاحُ أَصْلًا [٢] .

* * *

٣٢٠ - **وأما في الحالة الثانية** : وهي التي عُرِف كلٌّ منهم بسوء الاختيار قبل العقد مَجَانَةً أو فسقًا ، فلا يصح العقد إلا في الصورة الأولى ، وهي ما إذا كان الزوج كفأً والمهر مهر المثل ؛ لأن المصلحة ظاهرة بخلاف الصور الباقية ؛ فإنه لا يمكننا تصحيح العقد فيها ؛ لأن الأسباب التي بُنِيَتْ عليها صحة العقد في الحالة الأولى (وهي ما إذا لم يُعْرَف كلٌّ منهم بسوء الاختيار قبل العقد) منتفية .

ولذا لو كان سكرانَ وزَوَّجَ بنته من فاسق أو شرير أو فقير أو ذي حِرْفَة دنيئة ؛ لم يصح العقد أصلًا ، لأنه حال السُّكر لا يهتدي إلى ما قلناه .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢/١٣١) .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢/١٣١) : « لو كان الأب معروفًا بسوء الاختيار أو المجانة والفسق ، كان العقد باطلًا عند أبي حنيفة هو الصحيح » . انظر : فتح القدير (٣/٣٠٣) ، ورد المحتار (٣/ ٦٦ ، ٦٧) ، والبحر الرائق (٣/١٤٤) ، ومجمع الأنهر (١/٣٤٥) .

(مادة ٤٧)

إِذَا كَانَ الْمُزَوِّجُ لِلصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ غَيْرَ الأَبِ وَالْجَدِّ وَلَوِ الْقَاضِيَ ؛ فَلاَ يَصِحُّ النِّكَاحُ أَصْلًا بِغَيْرِ كُفْءٍ أَوْ بِغُبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمَهْرِ ، وَيَصِحُّ بِالْكُفْءِ وَبِمَهْرِ الْمِثْلِ . وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا إِذَا لَمْ يَرْضَ بِالنِّكَاحِ وَلَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ خِيَارُ فَسْخِهِ بِالْبُلُوغِ أَوِ الْعِلْمِ بِهِ بَعْدَهُ (١) .

* * *

٣٢١ - وإن وليَ واحد من القسم الثاني عقد الزواج ، وهو غير الأب أو الجد وإن علا والابن وإن سفل ، ولو كان الأم أو القاضي ، بأن زوج الأخُ أختَه أو زوجت المرأةُ بنتَها أو القاضي اليتيمةَ التي لا وليَّ لها من الأقارب ؛ فلا يصح العقد أصلًا إذا كان الزوج غير كفء ، سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساويًا له أو أكثر ، أو كان الزوج كُفْأً والمهر أقل من مهر المثل وكان الغُبْن فاحشًا ؛ إذ اليسير مُغْتَفَرٌ .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٢٢/٢) : « (ولهما خيار الفسخ بالبلوغ في غير الأب والجد بشرط القضاء) أي : للصغير والصغيرة خيار الفسخ إذا بلغا فيما إذا زوجهما غير الأب والجد . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا خيار لهما ؛ لأن النكاح عقد لازم ، وقد صدر من الولي ، فلا يفسخ قياسًا على الأب والجد » .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٣٥/٣) : « (ويجري القولان في تزويج الأب) أو ابنه (بِكْرًا صغيرًا أو بالغة غير كفء بغير رضاها) أي : رضا البالغة (ففي الأظهر) التزويج (باطل) ؛ لأنه خلاف الغبطة » ، وجاء في أسنى المطالب (١٣٩/٣ ، ١٤٠) : « (متى زَوَّجَ ابنه الصغير أو المجنون بذات عيب مثبتٍ للخيار) في النكاح (لم يصح) التزويج لانتفاء الغبطة (أو) زوجه (بسليمة لا تكافئه) بجهة أخرى (صح) التزويج ؛ لأن الرجل لا يتعير باستفراشه من لا تكافئه بخلاف المرأة (إلا الأمة في حق الصغير) فلا يصح تزويجه بها (لفقد خوف العنت) بخلاف المجنون يجوز تزويجه بها بشرطه » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٨١/٨) : « ظاهر قوله : (فإن كانت صغيرة أو مجنونة ، فلها الخيار إذا بلغت وعقلت) أنه ليس لها خيار قبل البلوغ ، وهو ظاهر كلامه في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاوي ، وغيرهم ، وقدمه في الرعايتين . وقيل : لها الخيار إذا بلغت تسعًا . وهو المذهب . قال في الفروع : إذا بلغت سنًّا يعتبر قولها فيه ، خُيِّرَت . وذكره القاضي في المجرد ، وجزم به في المستوعب ، وصرح بأنها بنت تسع ؛ وكذا صرح به ابن البنا في العقود فقال : إذا كانت صغيرة فعتقت ، فهي على الزوجية ، إلى أن تبلغ حدًّا يصح إذنها ، وهي التسع سنين فصاعدًا . انتهى . وقال ابن عقيل : إذا بلغت سبعًا ، بتقديم السين - . وقال الشيخ تقي الدين : اعتبار صحة إذنها بالتسع أو السبع ضعيف ؛ لأن هذا ولاية استقلال ، وولاية الاستقلال لا تثبت إلا بالبلوغ كالعفو عن القصاص ، والشفعة ، وكالبيع . بخلاف ابتداء العقد ؛ فإنه يتولاه الولي بإذنها ، فتجتمع الولايتان ، وبينهما فرق » .

٣٢٢ - ويصح الزواج وينفذ غير لازم إذا كان الزوج كفأً والمهر مهر المثل .

٣٢٣ - **ويترتب على كون العقد غير لازم في هذه الصورة** : ثبوت الخيار في إمضاء هذا العقد وفسخه لكلٍّ من الصغير والصغيرة عند البلوغ أو الإفاقة ولو بعد الدخول .

٣٢٤ - فإن كان كلٌّ من الصغير والصغيرة يعلم بهذا التزوج قبل البلوغ، ثبت له الخيار عند البلوغ ؛ وإن لم يعلم به قبل البلوغ ، ثبت له الخيار وقت العلم به ؛ لأنه لا يُتَصَوَّرُ ثبوت الخيار في شيء قبل العلم به ، فأثبتناه عند تصوره وهو وقت العلم .

٣٢٥ - فقد عُلِم من هذا أنه عندما يتولى أحدٌ من القسم الثاني الزواج ، يصح وينْفُذُ . ولا يلزم في الحالة الأولى المتقدمة ، وهي ما إذا كان الزوج كفأً والمهر مهر المثل . ولا يصح أصلًا في باقي الصور .

٣٢٦ - وبعضهم روى عن أبي حنيفة أن المُزَوِّج إذا كان القاضي أو الأمَّ ، يكون العقد لازمًا ؛ فلا يثبت الخيار في الفسخ .

واستدل على هذا : بأن ولاية القاضي تامةٌ ؛ لأنها تجمع المال والنفس ، وشفقة الأم فوق شفقة الأب ، فكانا كالأب .

ولكن الصحيح عدم الفرق بين الأم والقاضي وغيرهما ؛ لأن ولاية الإلزام تبنى على الرأي الكامل والشفقة الوافرة ، والموجود في كلٍّ واحدٍ منهما أحدهما . ولأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعم ، فإذا ثبت الخيار في الحاجب ، ففي المحجوب من باب أولى .

٣٢٧ - **وقال أبو يوسف** : لا يثبت الخيار للصغير والصغيرة بالبلوغ ، ولو كان المزوِّجُ غيرَ الأب والجد ؛ لأن النكاح عقد لازم ، وقد صدر من الولي ، فلا يُفْسَخُ قياسًا على الأب والجد ؛ ولأن الولاية لم تشرع في غير موضع النظر ، صيانةً عن الإفضاء إلى الضرر ، وإذا صح النظر قام عقد الولي مقام عقده هو بعد بلوغه ، فلا يجوز له فسخه أصلًا .

٣٢٨ - **ولأبي حنيفة ومحمد** : ما روي من أنه عليه الصلاة والسلام زَوَّج أُمامةَ بنت حمزة (١)

---

(١) هي : أُمامة بنت حمزة بن عبد المطلب ، وأمها سلمى بنت عميس، وهي التي اختصم فيها علي وجعفر وزيد ﷺ ، لما خرجت من مكة وسألت كل من مر بها من المسلمين أن يأخذها فلم يفعل ، فاجتاز بها علي فأخذها فطال جعفر أن تكون عنده ؛ لأن خالتها أسماء بنت عميس عنده ، وطلبها زيد بن حارثة ؛ لأن رسول الله ﷺ قد آخى بينه وبين حمزة فقضى بها رسول الله ﷺ لجعفر بن أبي طالب ثم زوجها رسول الله ﷺ من سلمة ابن أم سلمة وقال حين زوجها منه : « هل جزيت سلمة » ؛ لأن سلمة هو الذي زوج أمه من رسول الله ﷺ . انظر أسد الغابة (٢١/٧) .

وهي صغيرة لسلمة بن أبي سلمة [١] وهي بنت عمه ، وقال : « لها الخيار إذا بلغت » . وإنما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة، بدليل إثبات الخيار لها إذا بلغت .

ولأنه عليه الصلاة والسلام لم يزوج أحدًا بالنبوة ، ولو كان زَوَّج بها ، لما تَقَدَّم عليه أحد ، ولم يُنْقَل إلينا أنه عليه الصلاة والسلام مَنَع الأولياء من التزويج ، وزوَّج هو ؛ ولأن العقد صَدَرَ ممن هو قاصر الشفقة ؛ لأن أصل الشفقة موجودة ، ولكنها قاصرة عند المقابلة بشفقة الأب والجد ، فيتطرق الخلل إلى المقاصد ، فيثبت لهما الخيار ؛ ولوجود أصل الشفقة نَفَّذْنَاهُ في الحال ، ولقصورها أثبتنا لهما الخيار في المآل ، ليُزَال الضرر لو كان فيه ضرر ، ويضاف إلى اختيارهم إلى نفسهما ؛ إذِ الشخص ينظر في شؤون نفسه أكثر من غيره ، فيبرأ الأولياء عن عُهْدَة اليتامى بخلاف الأب والجد ؛ لأنهما وَافِرَا الشفقة تَامَّا الولاية ، فلا نحتاج إلى إثبات الخيار .

وعلى هذا مَنْ يَلْحَقُ بالصغير والصغيرة إذا زوجه الأب أو الجد أو الابن ، فلا خيار له بعد الإفاقة ؛ وإن زوجه غيرهم ، ثبت له الخيار بعدها .

٣٢٩ - **وقال الإمام مالك** : لا تثبت ولاية الإجبار لأحد من الأقارب على الصغير والصغيرة إلا للأب ، حتى لو زوجهما الجد عند عدم الأب فلا يجوز.

٣٣٠ - **وقال الشافعي** : وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بِكْرًا ، وإن كانت ثيبًا فلا ولاية عليها ، حتى لو زوجها الأخ أو العم أو زوج الثيبَ الصغيرةَ الأبُ أو الجدُّ كُرْهًا ، لا ينفذ النكاح .

٣٣١ - **واستدل الإمام مالك** : بأن القياس يأبى أن يكون للشخص على الغير ولاية إذا كان حرًا إلا لحاجة ، ولا حاجة عند انعدام الشهوة ، غير أن ولاية الأب ثبتت نصًا على خلاف القياس ؛ فإن سيدنا أبا بكر زوج عائشة من النبي ﷺ وهي بنت ست سنين ، وصحح النبي ﷺ ذلك ؛ فلا يقاس عليه غيره ، وهو الجد ، ولا يلحق به دلالة ؛ لأنه ليس في معناه ؛ لأن الولد جزء الأب ، فكانت الولاية للأب عليه كالولاية على نفسه ، والجزئية قد ضَعُفَتْ في الجد وشفقته قد نَقَصَتْ ، فلا يكون في معناه .

---

(١) هو : سلمة ابن أبي سلمة عبد الله بن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي ربيب رسول الله ﷺ أمه أم سلمة زوج النبي ، هاجر أبوه أبو سلمة وأمه وهو صغير وبه كانا يكنيان وهو الذي عقد النكاح لرسول الله على أمه أم سلمة ، فلما زوجه رسول الله ﷺ أمامة بنت حمزة بن عبد المطلب أقبل على أصحابه وقال : هل تروني كافأته وعاش إلى أيام عبد الملك بن مروان . انظر: أسد الغابة (٤٢٩/٣) .

٣٣٢ - قلنا : لا نسلم أن ثبوت الولاية على الحر على خلاف القياس ؛ بل هو موافق له ؛ لأن النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ، ولا تتوفر إلا بين متكافئَيْنِ عادة ، ولا يتفق الكفء في كل وقت ، فأثبتنا الولاية في حال الصغر إحرازًا للكفء لكل من يَتَأَتَّى منه الإحراز أبًا كان أو غيره .

٣٣٣ - واستدل الشافعي : بأن الولاية للنظر ، والنظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد ؛ لقصور شفقته وبُعْد قرابته ؛ ولذلك لا يملك غيرهما التصرف في المال ، مع أنه أدنى رتبة لكونه وقاية للنفس ؛ فلأن لا يملك التصرف في النفس وهو أعلى من باب أولى .

٣٣٤ - ودليلنا : أن الولاية للنظر ، وهو موجود في كل قريب ؛ لأن القرابة داعية إليه كما في الأب والجد ؛ فإن النظر فيهما لم يثبت إلا من القرابة . غاية ما في الباب أنه متفاوت كمالًا وقصورًا بقرب القرابة وبُعْدِها ، لكن ما في البعيدة من القصور ممكنُ التداركِ ، فأظهرناه في سَلْب ولاية الإلزام ، فجعلنا لهما خيار البلوغ ، فإذا بلغا ووجدا الأمر على ما ينبغي ، مضيا على النكاح . وإن وجدا خَلَلًا بقصور الشفقة والنظر ، فسخا النكاح . بخلاف التصرف في المال ؛ لأن الخلل الواقع بسبب القصور غيرُ ممكنِ التداركِ ؛ لأنه يتكرر بتداول الأيدي بأن يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم ... وثم ... .

وقد يغيب بعضهم ، ولا يمكن توقف ذلك كله إلى وقت البلوغ ، فلا تفيد الولاية إلا مُلْزِمَةً ، ولا إلزامَ مع القصور . بخلاف المتناكحَيْنِ فإنهما ثابتان من غير تكرار غالبًا، فكان التدارك بالتوقف إلى البلوغ ممكنًا .

٣٣٥ - ويؤيد كلام الحنفية : قوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « **الإنكاح إلى العصبات** » . كما تقدم لك شرحه في مادة (٣٦) [1] .

---

(١) المادة (٣٩) يسقط حق طلب الفسخ لانتفاء الكفاءة بحمل الزوجة أو انقضاء سنة على عقد الزواج .

(مادة ٤٨)

إِذَا بَلَغَ الصَّغِيرُ وَالصَّغِيرَةُ وَاخْتَارَا فَسْخَ النِّكَاحِ الَّذِي بَاشَرَهُ غَيْرُ الأَبِ وَالْجَدِّ ، لَزِمَهُمَا أَنْ يَرْفَعَا الأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، لِيَفْسَخَ النِّكَاحَ إِذَا لَمْ يُوجَدْ مُسْقِطٌ لِلْخِيَارِ . فَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَفْسَخَ الْحَاكِمُ النِّكَاحَ ؛ يَرِثُهُ الآخَرُ ، وَيَلْزَمُ كُلُّ الْمَهْرِ لِلْمَرْأَةِ أَوْ لِوَرَثَتِهَا (١) .

* * *

٣٣٦ - فقد علمتَ مما تقدَّم أنه متى زَوَّجَ الصغيرَ أو الصغيرةَ غيرُ الأبِ والجدِّ من كفء وبمهر تامٍّ ، صَحَّ العقد ، ولكن لكلٍ واحد منهما الخيار إذا بلغ ، إن شاء أقام على النكاح ، وإن شاء فسخ العقد ؛ فإن اختار كلٌّ منهما بقاء العقد ؛ فلا كلام . وإن اختار الفسخ ؛ فلا ينفسخ العقد بمجرد اختياره له، بل لابد من أن يرفع الأمر للقاضي ، ليفسخ العقد إذا لم يوجد مسقط للخيار ، بأن صدر منه ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة .

٣٣٧ - **ويترتب على عدمِ فسخِ هذا العقدِ إلا بحكم القاضي** : أنه إذا مات أحد الزوجين بعد البلوغ واختيار الفسخ ؛ ولكن قبل تفريق القاضي ، ورثه الآخر ؛ لأن أصل العقد صحيح ، والزوجية قائمة لم تَزُلْ لعدم القضاء الذي هو شرط في إزالتها .

٣٣٨ - **ويترتب عليه أيضًا** : لزومُ كلِّ المهر في هذه الحالة إذا مات أحد الزوجين ؛ لأن الزوجية ما دامت قائمة ومات أحد الزوجين ، ولو قبل الدخول بها - يتأكد بها لزومُ كلِّ المهر . والزوجية هنا قائمة ما دام القاضي لم يفرق بينهما ، فيتأكد لزومُ كلِّ المهر . فإذا مات الزوج أخذت المرأةُ كلَّ المهرِ من تركته ؛ وإذا ماتت الزوجةُ ، أخذت ورثتُها المهرَ من الزوج بعد إسقاط ما يخصه منه ؛ لأنه من ضمن الورثة ، أما إذا مات أحد الزوجين بعد حكم القاضي بالفرقة بينهما ؛ فإن كانت هذه الفرقة بعد الدخول ، لزم كلُّ المهر أيضًا ؛ لأن المهر كما يتأكد بموت أحد الزوجين ، يتأكد أيضًا بالدخول وقد حصل . وإن كانت قبل الدخول ، فلا يلزم كلُّ المهر ؛ لأن الزوجية قد انقطعت

---

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٢١٧/٤) : « فإن اختار الصغير أو الصغيرة الفرقة بعد البلوغ ، فلم يفرق القاضي بينهما حتى مات أحدهما توارثًا ؛ لأن أصل النكاح كان صحيحًا ، والفرقة لا تقع إلا بقضاء القاضي ؛ فإذا مات أحدهما قبل القضاء ؛ كان انتهاء النكاح بينهما بالموت ، فيتوارثان بمنزلة ما لو وُجِد الاعتراض بعدم الكفاءة ، فمات أحدهما قبل قضاء القاضي . وباعتبار هذا المعنى نقول : يَحِلُّ للزوج أن يطأها ما لم يفرق القاضي بينهما ؛ لأن أصل النكاح كان صحيحًا ، بخلاف النكاح الفاسد فإن أصل الملك لم يكن ثابتًا ، فلا يثبت حِلُّ الوطء والتوارث » .

بحكم القاضي بفسخ العقد ، فصارا أجنبيين .

٣٣٩ - فإذا اختار أحدهما فسخ العقد ، ورفع الأمر إلى القاضي ، وحكم بالفرقة ، ولم يَمُتْ أحدُ الزوجين ، فللزوجة كلُّ المهر إن كانت الفرقة بعد الدخول . وإن كانت قبل الدخول ؛ فلا يجب المهرُ ولا شيءٌ منه ، سواء كان الخيار منه أو منها ؛ لأن الفرقة بالخيار فَسْخٌ للعقد ، والعقد إذا انفسخ يُجْعَلُ كأنه لم يكن ، فلا يجب على الزوج شيء .

٣٤٠ - **وإنما اشْتُرِطَ القضاء في فسخ النكاح بخيار البلوغ** : لأن في أصله ضَعْفًا ؛ إذ هو مختلف فيه ؛ لأن أبا يوسف يقول بعدم ثبوته ؛ ولأنه لدفع ضررٍ خفيٍّ ، وهو تمكن الخلَل بسبب قصور شفقة المزوِّج ؛ ولذا يشمل المذكر والمؤنث ؛ لأن قصور الشفقة موجود بالنسبة إليهما ، وإذا كان الضرر خفيًّا يتوقف على القضاء كالرجوع في الهبة .

٣٤١ - وإذا اختار أحدهما فسخ النكاح ، ورفع الأمر للقاضي ، وكان الآخر صالحًا للدعوى عليه ، بأن كان بالغًا عاقلًا ، أحضره وحكم بالفرقة بعد استيفاء شروط الدعوى . وإن كان غير صالح بأن كان صغيرًا أو مجنونًا مثلًا ؛ فإن كان له أب أو جد أو وصي من قبلهما ، أحضره . وإن لم يكن ؛ نَصَبَ القاضي وصيًّا ، فيُحْضِرُه ، ويطلب منه حُجَّةً للصغير تُبْطِلُ دعوى الفرقة من بيِّنَةٍ على الرضا بالنكاح بعد البلوغ ، أو تأخيرها طلب الفرقة بعد البلوغ إن كان الزوج هو الصغير . فإن لم تكن بينة ؛ يُحَلِّفُها الخَصْمُ على أنه لم يصدر منها ما يدل على الرضا بعد البلوغ ، فإن حلفت يُفَرِّق القاضي بينهما بحضرة الخَصْم بلا انتظارٍ إلى بلوغ الصبي ولا إفاقة المجنون .

٣٤٢ - ومثل الصغير والصغيرة من يلحق بهما ، فإن له الخيار بعد إفاقته [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٧) : إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤًا لزم العقد ؛ وإلا فللولي طلب فسخ النكاح.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : زواج الثيِّب بلا ولي : المادة (١٣) : لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيِّب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عامًا .

(مادة ٤٩)

الزَّوْجَةُ الَّتِي لَهَا خِيَارُ الْفَسْخِ بِالْبُلُوغِ إِذَا بَلَغَتْ وَهِيَ بِكْرٌ وَاخْتَارَتْ فَسْخَ النِّكَاحِ ، يَنْبَغِي لَهَا أَنْ تُبَادِرَ بِاخْتِيَارِ نَفْسِهَا ، وَتُشْهِدَ عَلَى ذَلِكَ فَوْرًا حَالَ الْبُلُوغِ إِنْ كَانَتْ عَالِمَةً بِالنِّكَاحِ قَبْلَهُ أَوْ عِنْدَهُ أَوْ حَالَ عِلْمِهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ عَالِمَةً بِهِ وَقْتَ الْبُلُوغِ . فَإِنْ سَكَتَتْ عَنِ اخْتِيَارِ نَفْسِهَا مُخْتَارَةً عَالِمَةً بِأَصْلِ النِّكَاحِ ، يَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالسُّكُوتِ ، وَلاَ يُقْبَلُ عُذْرُهَا إِذَا اعْتَذَرَتْ بِجَهْلِهَا الْخِيَارَ أَوِ الْوَقْتَ الَّذِي يَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ فِيهِ .

وَمَتَى أَشْهَدَتْ عَلَى اخْتِيَارِهَا نَفْسَهَا سَاعَةَ الْبُلُوغِ أَوْ سَاعَةَ عِلْمِهَا بِالنِّكَاحِ ، فَلاَ يَضُرُّ تَأْخِيرُهَا رَفْعَ أَمْرِهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، بَلْ تَبْقَى عَلَى خِيَارِهَا وَإِنْ طَالَ الزَّمَنُ ، مَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا .

* * *

٣٤٣ – والشخص الذي له الخيار بالبلوغ إما أن يكون مُذكرًا ، أو أنثى ، والأنثى إما أن تكون وقت البلوغ بِكْرًا ، أو ثيِّبًا .

فإن كانت بِكْرًا واختارت فسخ النكاح ؛ فلا بد من الإشهاد على ذلك فورًا ، بأن تُحْضِرَ شاهدَيْنِ إن لم يكونا موجودَيْنِ ، وتقول لهما : بَلَغْتُ الآن، فاشهدا أني فسختُ عقد زواجي لفلان الذي باشره أخي أو عمي مثلًا ، ولكن محل ذلك : إذا كانت عالمة بالزواج قبل البلوغ ، أو علمت به وقته ؛ لأن ثبوت الخيار لها لا يُتَصَوَّرُ إلا إذا كانت عالمة بالزواج .

٣٤٤ – فإن لم تكن عالمة بالزواج قبل البلوغ ولا وقته ؛ يثبت لها الخيار وقت علمها به ، ولو كان بعد البلوغ . فإذا فرضنا أن بنتًا زوجها أخوها وهي صغيرة ، ولم تعلم بهذا الزواج إلا بعد بلوغها بزمن ولو طويلًا ، يثبت لها الخيار وقت علمها ؛ لأن وقت علمها يُنَزَّلُ منزلة وقت البلوغ ؛ لعدم تمكنها من الخيار قبل العلم ، والولي ينفرد به ، فَعُذِرَتْ .

٣٤٥ – فإن لم تختر نفسها وقت البلوغ أو وقت العلم بالزواج وتُشْهِد ، بل سكتت عن اختيار نفسها مختارةً ، بطل خيارها ، فليس لها أن تختار بعد ذلك .

٣٤٦ – فإن كان سكوتها قَهْرًا عنها ، كما إذا هددها أخوها بإيقاع أَذًى بها إذا اختارت نفسها ؛ فلا يكون سكوتها رِضًا ؛ بل لها أن تختار نفسها عند زوال هذا الإكراه .

فإن لم تختر نفسها وقت البلوغ وكانت عالمة بالزواج ، أو عند العلم بالزواج بعد البلوغ بل سكتت ، وبعد ذلك اختارت نفسها وفَسَخَتْ العقد مدعيةً إنها كانت جاهلة بثبوت هذا الخيار لها وعندما علمت اختارت نفسها ، أو ادعت أنها تعلم بثبوته لها ولكن قالت : لا أعلم أنه يشترط على الفور ، بل هو ثابت لي متى أردتُ ، بطل خيارُها بالسكوت ، ولا يقبل عذرها بجهلها الخيارَ أو الوقتَ الذي يثبت لها فيه ؛ لأنها مطالَبَةٌ بمعرفة أحكام الشرع ، والدارُ دارُ العلم ، فلم تعذر بالجهل ؛ لأن الجهل بالأحكام الشرعية في دار الإسلام لا يُعَدُّ عذرًا إلا إذا كان المعتذر قريبَ عهدٍ بالإسلام ، أو نشأ في قرية بعيدة عن العلماء .

٣٤٧ - ويلزم كلَّ شخصٍ أن يعرف أحكام شريعته التي هو مُنْتَمٍ إليها ، بلا فرق بين المذكر والمؤنث ، خصوصًا ما يخصه منها . وقبيحٌ بالمرء أن ينتسبَ لدينٍ من الأديان ، ولا يدري ما فيه من الأحكام .

(مادة ٥٠)

إِذَا بَلَغَتْ الزَّوْجَةُ الَّتِي لَهَا الْخِيَارُ وَهِيَ ثَيِّبٌ ، وَسَكَتَتْ عَنْ اخْتِيَارِ نَفسِهَا سَاعَةَ الْبُلُوغِ ، أَوْ سَاعَةَ عِلْمِهَا بِالنِّكَاحِ إِنْ كَانَتْ غَيْرَ عَالِمَةٍ بِهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ ؛ فَلاَ يَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالسُّكُوتِ ، وَإِنَّمَا يَبْطُلُ بِالرِّضَا صَرَاحَةً أَوْ دِلاَلَةً . وَكَذَلِكَ الْغُلاَمُ لاَ يَبْطُلُ خِيَارُهُ بِسُكُوتِهِ ، بَلْ بِإِفْصَاحِهِ بِالرِّضَا أَوْ بِوُقُوعِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ .

* * *

٣٤٨ - فإن كانت ثيِّبًا وقت البلوغ ، ولم تختر نفسها ، بل سكتت ساعة البلوغ ، أو ساعة عِلمها بالزواج إن كانت غير عالمة به قبل البلوغ ، فلا يبطل خيارها بالسكوت ، وإنما يبطل بالرضا صراحةً أو دلالةً .

٣٤٩ - **فالصريح** : كأن تقول : اخترتُ البقاء مع زوجي الذي زَوَّجَنِيهِ أخي ، أو عمي مثلًا ، أو : رضيتُ بهذا العقد .

٣٥٠ - **والرضا دلالة** : كطلب مهرها إذا كان قبل الدخول ، أو نفقتها ، أو دخول الزوج بها وهي راضية لا مكرهة .

٣٥١ - ومثلُ الثيِّبِ فيما ذكرناه الغلامُ ، فلا يبطل خياره بسكوته وقت بلوغه أو وقت العلم ولو بعد البلوغ ، وإنما يبطل خياره بإفصاحه بالرضا أو بوقوع ما يدل عليه ،

كدخوله بالزوجة إن بلغ قبل الدخول ، أو وطئها إن كان بعد الدخول ، أو دفعِهِ المهرَ إن كان قبل الدخول .

٣٥٢ - وإنما كان السكوت دليلًا على الرضا في حق البِكْر لا الثيِّب والغلام ؛ لأن البِكْر تستحي من إظهار الرغبة في الزواج ؛ ولكنها لا تستحي من الرد ، فيكون سكوتها دليلًا على ما يحول الحياءُ بينها وبينه ، والحياء في الثيب غير مُتَوَفِّرٍ لقلته بالممارسة ، فلا مانعَ من النطق في حقها ، فلا يُكْتفى بغيره ، ومثلها الغلام وهو غير خافٍ على أحد .

(مادة ٥١)

لِلْحُرِّ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ التَّزَوُّجُ وَلَوْ كَانَ سَفِيهًا ، بِلاَ تَوَسُّطِ وَلِيٍّ. وَلِلْحُرَّةِ الْمُكَلَّفَةِ أَيْضًا أَنْ تُزَوِّجَ نَفْسَهَا بِلاَ وَلِيٍّ ، بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا، وَيَنْفُذُ نِكَاحُهَا وَيَلْزَمُ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ الَّذِي تَزَوَّجَتْ بِهِ كُفْأً لَهَا، وَكَانَ الْمَهْرُ مَهْرَ مِثْلِهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (١٠/٥) : « المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها ، فزَوَّجَها ؛ جاز النكاح . وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله ، سواء كانت بِكْرًا أو ثيبًا إذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية ، سواء كان الزوج كفأً لها أو غير كُفء فالنكاح صحيح ، إلا أنه إذا لم يكن كُفأً لها ، فللأولياء حق الاعتراض ، وفي رواية الحسن رضي الله عنه : إن كان الزوج كفأً لها جاز النكاح ، وإن لم يكن كفأً لها لا يجوز . وكان أبو يوسف رحمه الله أولًا يقول : لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء ، إذا كان لها ولي . ثم رجع وقال : إن كان الزوج كُفأً ، جاز النكاح ، وإلا فلا . ثم رجع فقال : النكاح صحيح سواء ، كان الزوج كُفأً لها أو غير كُفء لها ، وذكر الطحاوي قول أبي يوسف رحمهما الله تعالى : إن الزوج إن كان كفأً ، أمر القاضي الوليَّ بإجازة العقد ، فإن أجازه جاز ، وإن أبى أن يجيزه لم ينفسخ ، ولكن القاضي يُجيزه فيجوز . وعلى قول محمد رحمه الله يتوقف نكاحها على إجازة الولي ، سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء ، فإن أجازه الولي جاز ، وإن أبطله بطل . إلا أنه إذا كان الزوج كفأً لها ، ينبغي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبى الولي أن يزوجها منه » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٣٩/٤ ، ٢٤٠) : « (لا تزوج امرأة نفسها) أي : لا تملك مباشرة ذلك بحالٍ ، لا (بإذن) ولا بغيره ، سواء الإيجاب والقبول » .

قول المالكية : جاء في الجواهر المضية بشرح المقدمة العزية (ص ٢٨٧) : « من أركانه ، أي : النكاح ، الولي من قِبَل الزوجة ، فلا يصح العقد بدونه ، البِكْر والثَّيِّب فيه سواء » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٥/٧) : « النكاح لا يصح إلا بولي ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ، ولا توكيل غير وليها في تزويجها . فإن فعلت ، لم يصح النكاح » .

٣٥٣ – وكل هذه الأحكام خاصة بالصغير والصغيرة ومن يلحق بهما .

٣٥٤ – أما الكبير والكبيرة الحرَّانِ المكلفان ، فلهما أحكام تخصهما .

فالحر البالغ العاقل : له أن يتزوج بنفسه ، ولو كان سفيهًا ، أي : مبذِّرًا لماله على خلاف مقتضى الشرع والعقل . فلا يشترط في صحة العقد الولي ، بل عقده صحيح نافذ لازم . ولو كانت الزوجة التي تزوجها أقلَّ منه شرَفًا ، أو كان المهر الذي دفعه إليها أكثر من مهر مثلها ، فلا اعتراض لأحدٍ من الأولياء عليه ؛ لأن العار لا يلحقهم بهذا العمل .

٣٥٥ – وأما الحرة المكلفة : فلا بد فيها من التفصيل بالنسبة للولي والمهر والزوج الذي تزوجت به . **وبيان ذلك** : أن الحرة المكلفة إما أن يكون لها ولي ، أم لا ؛ فإن كان لها ولي فإما أن يكون عصبة ، أو غير عصبة . ولا يخفى عليك أن الولاية هنا ولايةُ استحبابٍ لا ولايةُ إجبارٍ . وعلى كلٍّ فإما أن تزوج نفسها بكفء وبمهر المثل ، أو بكُفء والمهر أقل من مهر المثل ، أو من غير كفء مطلقًا أي : سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساويًا له أو أكثر .

فإن زوجت نفسها بكُفء وبمهر المثل ، صح العقد نافذًا لازمًا ، سواء كان لها ولي أو لم يكن ، وسواء كان الولي عصبة أو غير عصبة ؛ لأنه إذا لم يكن لها ولي ، فالأمر ظاهر ، وإن كان فلا وجه للاعتراض عليها فيما فعلت ؛ لأن الاعتراض إنما يكون عند لُحُوقِ العار لهم بفعلها ، وفعلها هذا حسن ؛ إذ الموضوع أن الزوج كفء والمهر مهر المثل .

(مادة ٥٢)

إِذَا تَزَوَّجَتْ الْحُرَّةُ الْمُكَلَّفَةُ بِلاَ رِضَا وَلِيِّهَا بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ ، صَحَّ الْعَقْدُ . وَلِلْوَلِيِّ إِذَا كَانَ عَصَبَةً حَقُّ الاعْتِرَاضِ عَلَى الزَّوْجِ ، حَتَّى يُتِمَّ مَهْرَ الْمِثْلِ إِنْ رَضِيَ ، أَوْ يَفْسَخَ الْحَاكِمُ النِّكَاحَ .

وَإِذَا تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ كُفْءٍ لَهَا بَلاَ رِضَا وَلِيِّهَا الْعَاصِبِ صَرَاحَةً ؛ قَبْلَ الْعَقْدِ ، فَالنِّكَاحُ غَيْرُ جَائِزٍ أَصْلًا . وَلاَ يَنْفَعُ رِضَا الْوَلِيِّ بَعْدَ الْعَقْدِ .

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيٌّ عَاصِبٌ ، وَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ ، أَوْ كَانَ لَهَا وَلِيٌّ وَرَضِيَ بِزَوَاجِهَا بِغَيْرِ الْكُفْءِ ، فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ [1] .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢/٣١٧ ، ٣١٨) : « فالنكاح الذي الكفاءة فيه شرط لزومه هو =

٣٥٦ - وإن زوجت نفسها بكفء ؛ ولكن المهر أقلُّ من مهر المثل ؛ فإن كان لها ولي عاصب ورضي بذلك قبل العقد أو بعده ؛ صَحَّ نافذًا لازمًا أيضًا كما في الصورة الأولى ؛ لأن المهر في الابتداء حق الولي والمرأة ، وقد أسقط كلٌّ منهما حقه ، فلا اعتراض عليه .

٣٥٧ - وإن لم يَرْضَ بذلك ، صَحَّ العقد نافذًا غير لازم ؛ إذ له الاعتراض على الزوج قائلًا له : إما أن تُتَمِّمَ لها مهر المثل ، وإما أن أرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد . فإن تَمَّمَ الزوج المهر فبها ، وإلا فللولي العصبة الأمر الثاني ، وهو رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد . وهذا عند أبي حنيفة .

٣٥٨ - **وقال الصاحبان** : ليس له ذلك ؛ لأن ما زاد عن العشَرة حقها ، ومن أسقط حقه لا يُعْتَرَض عليه ، كما إذا أَبْرَأَتْهُ من المهر بعد التسمية ، فلا اعتراض عليها بالاتفاق .

٣٥٩ - **ولأبي حنيفة** : أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ، ويُعَيَّرُون بنقصها ، فأشبه الكفاءة ، بل هو أولى منها ؛ لأن ضرره أشدُّ من ضرر عدم الكفاءة ؛ لأنه عند تقادم العهد يعتبر مهرُ قبيلتها بمهرها ، فيرجع الضرر إلى القبيلة كلها ؛ فكان لهم دفعه ، بخلاف الإبراء بعد التسمية ، فإنه لا يُعَيَّرُ به .

٣٦٠ - **وحاصله : أن في المهر حقوقًا ثلاثة :**

أحدهما : حق الشرع : وهو ألا يكون أقل من عشرة دراهم أو ما يساويها .

والثاني : حق الأولياء : وهو ألا يكون أقل من مهر المثل .

والثالث : حق المرأة : وهو كونه مِلْكًا لها ، ثم حق الشرع والأولياء مراعى وقت

= إنكاح المرأة نفسها من غير رضا الأولياء لا يلزم حتى لو زوجت نفسها من غير كُفء من غير رضا الأولياء لا يلزم . وللأولياء حق الاعتراض ، لأن في الكفاءة حقًّا للأولياء ، ولو كان التزويج برضاهم يلزم حتى لا يكون لهم حق الاعتراض ، ولو رضي به بعض الأولياء سقط حق الباقين في قول أبي حنيفة ، ومحمد ، وعند أبي يوسف لا يسقط لو زوجوها من غير كُفء برضاها يلزم النكاح لما قلنا . ولو زوجها أحد الأولياء من غير كفء برضاها من غير رضا الباقين يجوز عند عامة العلماء خلافًا لمالك بناء على أن ولاية الإنكاح ولاية مستقلة لكل واحد منهم عندنا ، وعنده ولاية مشتركة » ، وجاء فيه أيضًا (٢/ ٣٢٢) : « ومنها كمال مهر المثل في إنكاح الحرة العاقلة البالغة نفسها من غير كُفء بغير رضا الأولياء في قول أبي حنيفة ، حتى لو زوجت نفسها من كُفء بأقل من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن فيه الناس بغير رضا الأولياء ، فللأولياء حق الاعتراض عنده ، فإما أن يبلغ الزوج إلى مهر مثلها أو يفرق بينهما . وعند أبي يوسف ومحمد : هذا ليس بشرط ، ويلزم النكاح بدونه ، حتى يثبت للأولياء حق الاعتراض » .

الثبوت فقط ، فلا حق لهما حالة البقاء .

٣٦١ - وإذا كان لها وليٌّ غيرُ عاصب ، أو لم يكن لها ولي أصلًا ، صَحَّ العقد نافذًا لازمًا أيضًا ؛ لأنه إذا لم يكن لها ولي ، فالمهر حقها ، فلها أن تُسْقِطَ منه ما شاءت . وإن كان لها ولي غير عاصب ، فلا يَلْحَقُه عار بنقصان المهر ، فلا يثبت له حق الاعتراض .

٣٦٢ - وإن زوجت نفسها بغير كُفء ، ولو كان المهر أكثر من مهر المثل ؛ فإن لم يكن لها ولي أصلًا ، أو كان لها ولي غير عصبة ، صَحَّ العقد بلا اعتراض أحد عليه ؛ لأنه عند عدم الولي تكون الكفاءةُ حقَّها فقط ، وقد أسقطتها فتسقط . والولي غير العاصب لا يلحقه العار بتزويجها بغير الكُفء مثلما يلحق العاصب ، فلا حق له في الكفاءة .

٣٦٣ - وإن كان لها ولي عاصب . فإن رضي قبل العقد بتزويجها بغير الكفء ؛ صَحَّ أيضًا ؛ لأن الكفاءةَ حقُّهما ، وقد أسقط كلٌّ منهما حقه فيسقط . وإن لم يَرْضَ قبل العقد ، فلا يصح الزواج أصلًا ، وإن رضي بعده ؛ لأن العقد وقع باطلًا ، والباطل لا تلحقه الإجازة ، وإنما تلحق الصحيح الموقوف.

٣٦٤ - **وقال الإمام الشافعي والإمام مالك** : لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلًا ؛ لقوله عليه الصلاة السلام : « **أيما امرأةٍ نُكِحَتْ بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل** » (١) ، وقوله أيضًا : « **لا نكاح إلا بولي** » (٢) .

ودليلنا : أنها تصرفت فيما يصير حقَّها ، وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة ؛ ولهذا كان لها التصرف في المال ؛ ولها اختيار الأزواج . لكن على وجهٍ لا يُلْحَقُ العارَ بالأولياء كما تقدم لك ، وإنما يطالب الوليُّ بالتزويج، كي لا تنتسب إلى الوقاحة ؛ ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر إليه .

٣٦٥ - **والأصل هنا** : أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه ، يجوز نكاحه

---

(١) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي / ١١٠٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الولي / ٢٠٨٣) .

(٢) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي / ١١٠١) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الولي / ٢٠٨٥) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : لا نكاح إلا بولي / ١٨٨٠) .

على نفسه ، وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه ، لا يجوز نكاحه على نفسه .

٣٦٦ - ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام : « **الأيم أحق بنفسها من وليها** » (١) . وهي : مَنْ لا زوج لها ، بِكْرًا كانت أو ثيِّبًا . **فإن ذلك فيه حَقَّان** : حَقُّه وهو مباشرة عقد النكاح برضاها ، وحَقُّهَا وقد جعلها أحقَّ منه . ولن تكون أحق إلا إذا زَوَّجَت نفسها بغير رضاه .

وهذا الحديث متفق عليه ، والحديثان المتقدمان ضعيفان أو مختلف في صحتهما ، فلا يُعَارِضَانِهِ ؛ فإن كان كلٌّ من الكبير والكبيرة رقيقين ، ثبتت الولاية لمالكهما بالاتفاق .

(مادة ٥٣)

لاَ تُجْبَرُ الحُرَّةُ البَالِغَةُ عَلَى النِّكَاحِ بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا ، بَلْ لاَ بُدَّ مِن اسْتِئْذَانِهَا وَاسْتِئْمَارِهَا . فَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا ، وَاسْتَأْذَنَهَا الوَلِيُّ القَرِيبُ أَوْ وَكِيلُهُ أَوْ رَسُولُهُ قَبْلَ تَزْوِيجِهَا ، أَوْ زَوَّجَهَا الوَلِيُّ وَأَخْبَرَهَا هُوَ أَوْ وَكِيلُهُ أَوْ رَسُولُهُ أَوْ فُضُولِيٌّ عَدْلٌ ، وَعَلِمَتْ بِالزَّوْجِ وَبِالمَهْرِ ، فَسَكَتَتْ عَنْ رَدِّهِ مُخْتَارَةً لاَ مُكْرَهَةً ، أَوْ تَبَسَّمَتْ ، أَوْ ضَحِكَتْ غَيْرَ مُسْتَهْزِئَةٍ ، أَوْ بَكَتْ بِلاَ صَوْتٍ ، فَذَلِكَ إِذْنٌ فِي صُورَةِ اسْتِئْذَانِهَا قَبْلَ العَقْدِ ، وَإِجَازَةٌ بَعْدَهُ .

وَإِنِ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ القَرِيبِ مِنَ الأَوْلِيَاءِ ، وَعَيَّنَ لَهَا الزَّوْجَ وَالمَهْرَ ، فَسَكَتَتْ أَوْ تَبَسَّمَتْ أَوْ ضَحِكَتْ أَوْ بَكَتْ ، فَلاَ يُعَدُّ ذَلِكَ مِنْهَا رِضًا بَلْ لاَ بُدَّ مِنَ الإِفْصَاحِ بِالرِّضَا أَوْ مِنْ وُقُوعِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ مِنْهَا (٢) .

---

(١) صحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : استئذان الثيِّب في النكاح بالنطق ، والبِكْر بالسكوت / ١٤٢١) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في استئمار البِكْر والثيِّب / ١١٠٨) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : استئذان البِكْر في نفسها / ٣٢٦٠) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الثيب / ٢٠٩٨) .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في فتح القدير (٣/٢٦٠ ، ٢٦٦) : « (ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح) .

ولنا : أنها حرة مخاطبة ، فلا يكون للغير عليها ولاية ، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها ، وقد كمل بالبلوغ (وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فهو إذن) لقوله ﷺ : « **البكر تُستأمر في نفسها ، فإن سكتت فقد رضيت** » ؛ ولأن جَنْبَة الرضا فيه راجحة ؛ لأنها تستحيي عن إظهار الرغبة لا عن الرد ، والضحك أدل =

٣٦٧ – ويترتب على كون تزويج الكبيرة المكلفة خالصَ حَقِّها : أنها هي التي تباشر عقد زواجها بنفسها ، أو تأمر من يقوم مقامها في ذلك . وحينئذٍ لا تُجبر على النكاح ، سواء كانت بِكْرًا أو ثيِّبًا . بل إذا أراد الولي تزويجها ، فلا بد لنفاذ هذا العقد عليها من استئذانها ، أي : طلب الإذن منها ، وحصول الرضا منها بذلك .

= على الرضا من السكوت . بخلاف ما إذا بكت ، لأنه دليل السخط والكراهة . وقيل : إذا ضحكت كالمستهزئة بما سَمِعَتْ لا يكون رضًا ، وإذا بكت بلا صوت لم يكن رَدًّا (وإن فعل هذا غير ولي) يعني استأمر غير الولي (أو ولي غيره أولى منه) (لم يكن رضًا حتى تتكلم به) ؛ لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه ، فلم يقع دلالة على الرضا . ولو وقع فهو محتمل ، والاكتفاء بمثله للحاجة ، ولا حاجة في حق غير الأولياء . بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي ؛ لأنه قائم مقامه . ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة ، لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه » .

قول الشافعية : جاء في الأم (١٩/٥) : « فأيُّ وليٍّ امرأةِ ثَيِّبٍ أو بِكْرٍ زَوَّجها بغير إذنها ، فالنكاح باطل إلا الآباء في الأبكار والسادة في المماليك ، ويشبه في دلالة سنة رسول الله ﷺ إذا فرق بين البِكْرِ والثَّيِّب ، فجعل الثيب أحق بنفسها من وليها ، وجعل البِكْر تستأذن في نفسها أن الولي الذي عنى – والله تعالى أعلم – الأب خاصة فجعل الأيم أحق بنفسها منه ، فدل ذلك على أن أمره أن تستأذن البِكْر في نفسها أمر اختيار لا فرض ؛ لأنها لو كانت إذا كرهت لم يكن له تزويجها ، كانت كالثَّيِّب ، وكان يشبه أن يكون الكلام فيها أن كل امرأة أحق بنفسها من وليها . وإذن الثَّيِّب الكلام ، وإذن البِكْر الصمت » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٦/٢ ، ٧) : « (وللأب) الذي لا ولي له (إنكاح ابنته البِكْر) قهرًا عليها ، والمراد بها التي لم تذهب عُذرتها لمقابلتها بالثَّيِّب إن لم تبلغ اتفاقًا ، بل (وإن بلغت) وصارت عانسًا على المشهور (بغير إذنها) وبغير رضاها (ولا يزوج الثيب) الحرة التي لا تجبر (أب ولا غيره) ممن له عليها ولاية (إلا برضاها وتأذن بالقول) لخبر : (الثيب يعرب عنها لسانها) وقيدنا بالتي لا تجبر للاحتراز عن الثيب الصغيرة ومن ألحق بها ممن تجبر على النكاح فلا تستأذن » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٠/٧ – ٣٤) : « وإذا زوج الرجل ابنته البِكْر ، فوضعها في كفاءة ، فالنكاح ثابت ، وإن كرهت ، كبيرة كانت أو صغيرة ، أما البِكْر الصغيرة فلا خلاف فيها . **قال ابن المنذر** : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البِكْر الصغيرة جائز ، إذا زوجها من كفء ، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها .

وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان ، إحداهما : له إجبارها على النكاح ، وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة . **والثانية** : ليس له ذلك (وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها ، فالنكاح باطل ، وإن رضيت بعد) **وجملة ذلك أن الثيب تنقسم قسمين** : كبيرة ، وصغيرة . **فأما الكبيرة** : فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن . **القسم الثاني** : الثيب الصغيرة . **وفي تزويجها وجهان ، أحدهما** : لا يجوز تزويجها . **الوجه الثاني** : أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها » ، وجاء فيه أيضًا (٣٤/٧) : « (وإذن الثيب الكلام ، وإذن البكر الصُّمَات) **أما الثيب** : فلا نعلم بين أهل العلم خلافًا في أن إذنها الكلام ، **وأما البكر** : فإذنها صُمَاتها في قول عامة أهل العلم » .

٣٦٨ - وإن زَوَّجَها بالفعل قبل الاستئذان ؛ فلا ينفذ هذا العقد عليها أيضًا، إلا إذا رَضِيَت به وأجازته ؛ ولكن الرضا يختلف بحسب البكارة والثيوبة والمستأذِن .

٣٦٩ - **وبيانه** : أنها إن كانت بكرًا . فإما أن يكون الذي استأذنها الولي القريب أو من يقوم مقامه ، أو الولي البعيد .

٣٧٠ - فإن استأذنها الولي القريب قبل العقد ، بأن كان لها أبٌ وجَدٌّ ، والذي استأذنها هو الأب أو وَكَّل شخصًا بالنيابة عنه في استئذانها أو أرسل شخصًا يستأذنها ، وأخبرها كلٌّ منهم بالزواج وبالمهر ، فرضيت صريحًا ، بأن قال لها الأب : أريد أن أزوجكِ لفلانٍ بمهر كذا . فقالت : في محله ، أو نِعْمَ الزوجُ الذي اخترتَهُ مثلًا . أو لم تصرح ولكن وُجِد منها ما يدل على الرضا ، سواء كان تبسمًا أو ضحكًا أو بُكاءً أو غيرهما ، والمعول عليه في الضحك والبكاء : قرائن الأحوال ، فإن الضحك قد يكون سرورًا وقد يكون استهزاء ، والبكاء قد يكون للسُخْط وقد يكون أَسَفًا على فُرْقة الأهل .

٣٧١ - ومما يدل على الرضا في جانب البِكْر : سكوتها عند الاستئذان مختارة . فإن كان سكوتها بإكراه ، كما إذا أرادت أن تقول : لا أتزوجه . فقال لها أبوها : إن تكلمتِ قتلتُكِ . مثلًا فسكتت ، فلا يكون هذا السكوت رضًا . كان كل هذا توكيلًا له بالزواج ؛ فله أن يزوجها من الزوج الذي عَيَّنَه لها بالمهر الذي سماه أيضًا .

٣٧٢ - ويتفرع على كونه توكيلًا : أن الولي لو استأذنها في رجل معين ، فقالت : يصلح . أو سكتت ، ثم لما خرج قالت : لا أرضى . ولم يعلم الولي بعدم رضاها ، فزوجها منه ، فهو صحيح ؛ لأن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم ، وهو قد زوجها قبل علمه بالعزل . فوقت العقد كان وكيلًا ، فيصح .

٣٧٣ - وإن زوجها الوليُّ القريبُ بالفعل ، ثم أخبرها هو بهذا العقد وبالزوج وبالمهر أيضًا ، أو وَكَّل أو أرسل شخصًا ليخبرها ، أو كان شخصٌ حاضر العقد فتوجه إليها وأخبرها بدون وكالة ولا إرسال من الولي القريب ، وكان هذا الشخص عَدْلًا ، وهذا هو المسمى بـ : الفُضُولي - ، فرضيت صريحًا : أو وُجِدَ منها ما يدل على الرضا ولو السكوت ، كان هذا إجازة للعقد الذي حصل .

٣٧٤ - ولو اختُلِف في السكوت ، بأن قال الزوج : بَلَغَكِ النكاح ، فَسَكَتُّ . وقالت : رَدَدْتُ . فأيهما أقام بينةً ، قُبِلَت . فإن لم تكن لأحدهما بينة ، ولم يكن دخل بها ، فالقول قولها بيمينها ؛ لأنه يدعي عليها لزوم العقد وملك البُضْع ، وهي تنكره ، والقول للمنكر بيمينه .

٣٧٥ - ولا يكون سكوتها عند الاستئذان رضًا ، إلا إذا كان الاستئذان كاملًا ، بأن يسمي لها الزوجَ على وجه تقع لها به المعرفة ، ويسمي لها المهر .

أما الأول : فلابد منه ، لتظهر رغبتها فيه أو رغبتها عنه . فلو قال : أزوجك من رجل . فسكتت ، لا يكون إذنًا. فلو سمي فلانًا أو فلانًا فسكتت ؛ فله أن يزوجها من أيهما شاء ، وهذا كله إذا لم تُفَوِّضِ الأمر إليه ، أما إذا قالت له : أنا راضية بما تفعله أنتَ . بعد قوله : إن أقوامًا يَخْطُبُونَكِ ، أو قالت : زوجني ممن تختاره . ونحوه ؛ فهو إذن صحيح ، فله أن يزوجها ممن شاء ، ولكن ليس له بهذه المقالة أن يزوجها لرجل رَدَّتْ نكاحه أولًا ؛ لأن المراد بهذا العموم غيرُهُ . كالتوكيل بتزويج امرأة مطلقة ؛ فإنه ليس للوكيل أن يزوجه مطلقته إذا كان الزوج قد شكا منها للوكيل وأعلمه بطلاقها.

٣٧٦ - **وأما الثاني** : وهو تسمية المهر : **ففيه ثلاثة أقوال مصححة** : **الأول** : أنه لا تشترط تسميته في الاستئذان ؛ لأن للنكاح صحةً بدونه، وصححه في الهداية (١) .

الثاني : يشترط تسميته ؛ لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة ، وقال في فتح القدير : إنه الأوجه (٢) .

الثالث : إن كان المزوِّج أبًا أو جدًّا فلا يشترط ذكر المهر عند الاستئذان ، وإن كان غيرهما يشترط .

والظاهر هو : الثاني .

٣٧٧ - وإن كان الذي استأذنها هو الولي البعيد ، بأن كان لها أخ شقيق وأخ لأب ، فاستأذنها الأخ لأب ، وعين لها الزوجَ والمهرَ ، أو استأذنها أجنبيٌّ ، فلابد من إفصاحها بالرضا أو بوقوع ما يدل عليه منها ، كطلبها المهر مثلًا . ولا يُعَدُّ سكوتها في هذه الحالة رضًا ؛ لأن هذا السكوت قد يكون لقلة الالتفات إلى كلامه ؛ إذ هناك من هو أولى منه ، فلم يقع دلالة على الرضا ؛ لأنه يَحْتَمِلِ الإذنَ والرَّدَّ ، والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ، ولا حاجة في حق غير الأولياء ؛ لأنه فُضُولي ، ولا في حق وليٍّ غيرُهُ أحقُّ منه ؛ لعدم الالتفات إلى كلامه ، بخلاف ما إذا كان المستأذِنُ رسولَ الوليِّ القريبِ ؛ لأنه قائم مقامه .

---

(١) ينظر : الهداية (٢٦٧/٣) .

(٢) ينظر : فتح القدير (٢٦٧/٣) .

(مادة ٥٤)

الْبَالِغُ الثَّيِّبُ إِذَا اسْتَأْذَنَهَا الْوَلِيُّ بَعِيدًا كَانَ أَوْ قَرِيبًا فَسَكَتَتْ ، فَلاَ يَكُونُ سُكُوتُهَا رِضًا، بَلْ لاَ بُدَّ أَنْ تُعْرِبَ عَنْ نَفْسِهَا مُفْصِحَةً بِرِضَاهَا ، أَوْ يَقَعُ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ (١) .

* * *

٣٧٨ – وإن كانت ثيبًا ، فلا يُكْتَفَى منها بالسكوت أو الضحك أو التبسم ، سواء كان المستأذِن أو المخبِر هو الولي القريب أو البعيد ؛ بل لا بد أن تعرب عن نفسها مفصحة برضاها ، أو يقع منها ما يدل عليه .

٣٧٩ – وإنما كان السكوت دليلًا على الرضا بالنسبة للبِكْر لا للثيب ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « **البكر تُسْتَأمر في نفسها ، فإن سكتت فقد رَضِيَتْ ، والثيب تشاور** » (٢) . والمشاورة من باب المفاعلة ، وهي تقتضي الفعل من الجانبين ، وقد وُجِد النطق من الولي بالسؤال ، فلا بد من النطق منها في الجواب ، أو لأن المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالإشارة إلى الصواب ؛ وذلك لا يكون إلا بالنطق ؛ ولأن السكوت صار رِضًا بالنسبة للبكر ؛ لتوفر الحياء ؛ لأن لها عند الاستئمار جوابين : لا ، ونعم . فيكون سكوتها دليلًا على الجواب الذي يَحُولُ الحياءُ بينها وبينه ، وهو : نعم ، لما فيه من إظهار الرغبة في الرجال . والحياء في الثيِّب غير متوفِّر ؛ لقلته بالممارسة ، فلا مانع من النطق في حقها ، أو وجود ما يدل على الرضا غير السكوت .

٣٨٠ – فقد عُلِم من هذا أن البِكْر والثيِّب العاقلتين البالغتين لا بد من استئذانهما لنفاذ العقد ، وأن الرضا بالقول لا يشترط في حق الثيِّب ، بل رضاها يتحقق تارة

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢/ ٧) : « (وإن استأذن الثيب ، فلا بد من رضاها بالقول) لقوله ﷺ : « **البِكْر تستأمر ، والثيِّب تعرب عن نفسها** » ؛ ولأن النطق لا يعد عيبًا منها ، فلا مانع من النطق في حقها . بخلاف البِكْر فإنه منها دليل على قِلة حيائها ؛ لأنها لم تمارس الأزواج » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٥/ ٢٠) : « لا يزوج أحد الثيب إلا بإذنها ، وإذنها الكلام » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١/ ١٦٩) : « إذن الثيب يكون بالنطق والإفصاح عن الرضا ، ولا يكفي فيها الصمت » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/ ٣٤) : « أما الثيب ، فلا نعلم بين أهل العلم خلافًا في أن إذنها الكلام ، للخبر ؛ ولأن اللسان هو المعبر عما في القلب ، وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن » .

(٢) مسند أحمد (٢/ ٢٢٩) .

بالقول ، كقولها : رضيتُ ، وقبلتُ ، وأحسنتَ ، وأصبتَ ، أو : بارك اللَّه لكَ ، أو : لنا . ونحوها ، وتارة يكون بالدلالة ، كطلب مهرها ، أو نفقتها ، أو تمكينها من الوطء ، وقبول التهنئة ، والضحك بالسرور من غير استهزاء .

فلا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا ، وأن رضاهما قد يكون صراحة وقد يكون دلالة . غير أن سكوت البِكْر رضًا دلالةً لحيائها دون الثيب ؛ لأن حياءها قد قَلَّ بالممارسة ، فلا يدل سكوتها على الرضا .

٣٨١ – **وقال الإمام الشافعي** : يجبر الأب والجدُّ البالغة إذا كانت بكرًا على النكاح مثل الصغيرة ، والجامع بينهما عنده الجهالة بأمر النكاح ؛ لعدم التجربة ، ولكونها جاهلة بأمر النكاح يملك الأب قبض صداقها بغير أمرها (١) .

٣٨٢ – **وللحنفية** : أنها حُرة عاقلة بالغة ، وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية ، وقياسها على الصغيرة قياس مع الفارق ؛ لأن الولاية إنما ثبتت على الصغيرة لقصور عقلها ، فلا يُمْكِنُهَا أن تنظر في شؤون نفسها بما هو صالح لها . وفيما نحن فيه ليس بموجودٍ ؛ لأنه قد كَمُلَ بالبلوغ ، توجه الخطاب . فصار الإجبار عليها كالإجبار على الغلام ، فإن كان صغيرًا جاز لقصور العقل ، وإن كان بالغًا فلا يجوز . وصار كالتصرف في مال البِكْر البالغة ، فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه بالاتفاق ، فكذا ما نحن فيه ؛ وإنما يملك الأب قبض صَداقها برضاها دلالة ؛ لأن الظاهر أن البِكْر تستحي من قبض صَداقها ، وأن الأب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها به مع مال نفسه ، ليبعث بها إلى زوجها ، فكان ذلك إذنًا دلالةً ؛ ولهذا لو نَهَتْهُ عن قبضه، فلا يَمْلِكُهُ ؛ لأن الدلالة تَبْطُلُ بصريحٍ يخالفها .

---

(١) **ولاية الإجبار عند الشافعية** : تتعلق بالبكارة ، فمن كانت بِكْر ، فللولي القريب إجبارها على الزواج ، ومن لا فلا . **أما عند الحنفية** : فتتعلق بالبلوغ ، فمن كانت غير بالغة ، فللولي القريب إجبارها على الزواج ، ومن لا فلا .

(مادة 55)

مَن زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِعَارِضٍ أَوْ تَعْنِيسٍ ؛ فَهِيَ بِكْرٌ حَقِيقَةً ، كَمَنْ فُرِّقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا بِعُنَّةٍ ، أَوْ فَسْخٍ ، أَوْ طَلَاقٍ ، أَوْ مَوْتٍ بَعْدَ خَلْوَةٍ قَبْلَ وَطْءٍ.

وَمَنْ زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِزِنًى ؛ فَهِيَ بِكْرٌ حُكْمًا ، مَا لَمْ يَتَكَرَّرْ مِنهَا أَوْ تُحَدَّ. فَإِنْ تَكَرَّرَ مِنهَا أَوْ لَمْ يَتَكَرَّرْ وَحُدَّتْ ، فَهِيَ ثَيِّبٌ ؛ كَالْمَوْطُوءة بِشُبْهَةٍ أَوْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ (١) .

* * *

٣٨٣ - وما دامت الجلدة الرقيقة موجودة في المحل المعلوم ، فهي بِكْر تَسْرِي عليها أحكام الأبكار بالنسبة للزواج وغيره .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٩٠/١) : « وإن زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس ؛ فهي في حكم الأبكار . وإن زالت بكارتها بزنًى فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما لا يكتفي بسكوتها فإن أخرجت وأقيم عليها الحد ؛ فالصحيح أنه لا يكتفى بسكوتها ؛ وكذا إن صار الزنى عادة لها » ، وجاء في تبيين الحقائق (١٢٠/٢) : « (ومن زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس أو زنى فهي بِكْر) حتى تكون أحكامها كأحكام البكر في التزويج وأما إذا زالت بكارتها بالزنا **فالمذكور هنا قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي** : لا يكتفى بسكوتها ؛ لأنها ثيب حقيقة ؛ لأن مصيبها عائد إليها » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٤٧/٤) : « (وسواء) في حصول الثيوبة واعتبار إذنها (زالت البكارة بوطء) في قُبلها (حلال) كالنكاح (أو حرام) كالزنا أو بوطء لا يوصف بهما كشبهة كما شمله عبارة المحرر بقوله : بالوطء الحلال أو غيره ؛ لأن وطء الشبهة لا يوصف بحل ولا بحرمة . ولا فرق في ذلك بين أن يكون في نوم أو يقظة (ولا أثر لزوالها بلا وطء) في القُبل (كسقطة) وحِدَّةِ طَمْث وطول تعنيس وهو الكبر أو بأصبع ونحوه (في الأصح) وعبر في الروضة بالصحيح ، بل حكمها حكم الأبكار ؛ لأنها لم تمارس الرجال فهي على غباوتها وحيائها . **والثاني** : أنها كالثيب فيما ذكر ، وصححه المصنف في شرح مسلم لزوال العذرة » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير على مختصر خليل (٢٢٣/٢) : « (و) جبر (الثيب) ولو بنكاح صحيح (إن صغرت أو) كبرت بأن بلغت وثيبت (بعارض) كوثبة أو ضربة (أو بحرام) زنى أو غصب ، ولو ولدت منه فيقدم الأب هنا على الابن (وهل) يجبرها (إن لم يتكرر الزنى) حتى طار منها الحياء أو يجبرها مطلقًا وهو الأرجح (تأويلان لا) إن ثيبت البالغة (بـ) نكاح (فاسد) مختلف فيه أو مجمع عليه ودرأ الحد فلا يجبرها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٥/٧ ، ٣٦) : « والثيب المعتبر نطقها : هي الموطوءة في القُبل ؛ سواء كان الوطء حلالًا أو حرامًا وإن ذهبت عذرتها بغير جماع ، كالوثبة ، أو شدة حيضة ، أو بإصبع أو عود ونحوه ، فحكمها حكم الأبكار » .

فإن زالت هذه الجلدة الرقيقة التي يسمونها : عَذْرة ؛ فإن كان زوالها بتعنيس وهو طول المُكْث من غير تزويج ، أو بوَثْبة أي : نَطَّة وهي الوثوب من فوق ، أو بحيضة بأن نزل عليها دم الحيض بكثرة فأزال عَذْرتها ، أو بجراحة في المحل المعلوم لداعٍ من الدواعي ، فهي بِكْر حقيقةً وحُكمًا ؛ إذ البِكْر هي التي يكون مُصِيبُها أول مصيب، وهذه كذلك .

مشتق من : الباكورة ، وهي أول الثمار . أو من : البَكْرة ، وهي أول النهار. ورُدَّ هذا بأن زائلة العَذْرة بالوَثْبَة لو كانت بِكْرًا حقيقةً ، لما تمكن من الرد من اشترى جارية على أنها بِكْر فوجدها زائلة العَذْرة ، مع أن له أن يردها .

وأجيب : بأن الرد هنا باعتبار فوات وصفٍ مرغوبٍ فيه ؛ وهو العَذْرة ، لا لكونها غير بِكْر حقيقة ؛ ولأن النطق سقط بالحياء ، وهو موجود ههنا ؛ لأنها تستحي لعدم الممارسة .

٣٨٤ - **ومثل من زالت بكارتها بهذه العوارض** : المرأة التي فُرِّق بينها وبين زوجها بعُنَّةٍ ، فإذا تزوج رجل امرأة ، ووجدته عِنينًا ، ورفعت أمرها إلى القاضي ، وفَرَّق بينهما بعد إجراء ما يلزم ، اعْتُبِرَتْ بِكْرًا لما تقدم .

وكذلك المرأة التي تزوجت برجل ، وفُسِخ العقد بينهما قبل الدخول ، أو طلقها ، أو مات عنها قبل الدخول أيضًا ، ولو كان بعد الخلوة الصحيحة ؛ فكل هؤلاء أبكارٌ حقيقةً وحكمًا ، حتى لو قال رجل : أوصيتُ لأبكارِ بني فلانٍ بثلث مالي . استحق جميع من ذُكِر ؛ لأنهن أبكار حقيقةً ، والزائل إنما هو العَذْرة لا البكَارة .

٣٨٥ - **وأما إذا زالت عَذْرتها بالزنى ، فقال الإمام الشافعي وأبو يوسف ومحمد** : إنها ثيب حقيقةً ؛ ولهذا لو أوصى لأبكار بني فلان ، لا تدخل في الوصية . ولثيبات بني فلان ، تدخل فيها ، وتستحق . ويَرُدُّها المشتري الشارِطُ بكارتَها . فهي ثَيِّب حقيقة ؛ لأن مصيبها عائد إليها . ومنه المثابة للبيت الذي يعود الناس إليه في كل عام ، والتثويب : العود إلى الإعلام مرة بعد أخرى . فجروا على هذا الأصل في تزويجها ، وقالوا : لا بد من القول ؛ ولا يكتفى بسكوتها ؛ لأنها ثَيِّبٌ .

٣٨٦ - وخرج الإمام عن هذا الأصل ، فقال : إن اشتهر حالها بأن خرجت وأقيم عليها الحد ، أو صار الزنى عادة لها بأن تكرر ، فلا بد من القول ؛ فإن لم تحد أو لم يتكرر ، فهي بِكر حُكْمًا ؛ لأن الناس عَرَفوها بِكْرًا ، والشرع جعل السكوت رضًا بعلة الحياء . وإذا وجدت العلة ، يترتب الحكم عليها . وههنا قد وُجِدت لمعرفة الناس لها بالبكارة ،

فيُعَيِّبُونها بالنطق ، فتستحي ، فتمتنع من النطق . فكانت العلة موجودةً ، فيكتفى بسكوتها كي لا تتعطل مصالحها .

٣٨٧ - واتفقوا على أنه لو زالت بكارتها بوطءٍ بشبهةٍ ، كما إذا زفت امرأة لرجل وقيل له : هي زوجتك . فدخل بها ، وتبين الحال بعد ذلك ، ففُرِّقَ بينهما ، أو بنكاح فاسد ، تكون ثيبًا حقيقةً . فلا يكون سكوتها إذنًا ، بل لا بد من النطق ، أو ما يدل على الرضا غيرِ السكوت ، لعدم الحياء هنا ؛ ولأن الشرع أظهر هذا الوطء ، حيث عَلَّق به أحكامًا من : لزوم العِدَّة ، والمهر ، وثبوت النسب .

(مادة ٥٦)

لاَ تُسَلَّمُ الزَّوْجَةُ الصَّغِيرَةُ لِلزَّوْجِ حَتَّى تُطِيقَ الْوَطْءَ ، وَلاَ يُجْبَرُ الأَبُ عَلَى تَسْلِيمِهَا، وَلَهُ طَلَبُ مَا اسْتُحِقَّ مِنْ مَهْرِهَا مِنَ الزَّوْجِ . فَإِنْ زَعَمَ الزَّوْجُ أَنَّهَا تُطِيقُهُ ، وَأَنْكَرَ الأَبُ ذَلِكَ ، فَعَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَأْمُرَ مَنْ يَثِقُ بِهِنَّ مِنَ النِّسَاءِ بِالْكَشْفِ عَلَيْهَا ، فَإِنْ قُلْنَ بِصَلاَحِيَّتِهَا لِلرِّجَالِ ، يَأْمُرُ أَبَاهَا بِتَسْلِيمِهَا ، وَإِلاَّ فَلاَ . وَلاَ عِبْرَةَ بِالسِّنِّ (١) .

* * *

٣٨٨ - وقد علمتَ مما تقدم أن الغرض من الزواج التناسل ، وهذا لا يكون إلا بالوطء ؛ فإذا كانت الزوجة مُطِيقة ، سُلِّمَت إلى الزوج عند طلبه . فإن كانت صغيرة لا تُطِيق الوطءَ وطلبها الزوج ؛ فلا يُجبَر وليُّها على تسليمها له ، سواء كان أبًا أو غيره .

٣٨٩ - ومع ذلك فله طلبُ ما استُحِقَّ من مهرها من الزوج ؛ لأنه وجب بالعقد .

٣٩٠ - فإن اتفقا على أنها لا تطيق الوطء ، فبها . وإن اختلفا بأن قال الزوج: إنها تُطِيقه ؛ وأنكر الأب ذلك ؛ فلا بد من حَكَم بينهما ، وهو القاضي . وحينئذٍ يُعَيِّنُ القاضي من يَثِقُ بهن من النساء ، ويأمرهن بالكَشْف عليها ، ويأخذ بما يقلن . فإن وَافَقْنَ الوليَّ ، فلا يأمره بتسليمها . وإن وَافَقْنَ الزوجَ ، أمر الوليَّ بالتسليم .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في العقود الدرية (١٨/١) : « (سئل) في صغيرة لا تطيق الوطء ، هربت من بيت زوجها لتضررها منه ، وتركت جهازها عنده ، فهل لا تُسلم للزوج حتى تطيق الوطء ، ولأبيها طلب جهازها منه لحفظه لها عنده ، (الجواب) : نعم » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (١٨٠/٥) : « ولو كانت في سن من لا يوطأ ، كان من حق أهلها منعه البناء حتى تطيق الوطء » .

ولا يعتبر السن ؛ لأنه من الجائز أن تكون بنتَ تسع تُطِيق الوطءَ ؛ لسلامة بِنْيَتِها من كل الأمراض . وأخرى في هذا السن ، وهي نَحِيفةً لا تُطِيقه (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : إبرام عقد الزواج يتطلب حضور الولي وموافقته : يجوز للولي أن يُوكل من يعقد نكاح وليته ، كما للزوج أن يوكل من يعقد عنه .
للمرأة الرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها دون ولي أو توكل من تشاء من الأولياء لإبرام عقد زواجها .
لابد من تسمية صَداق للزوجة ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاطه .
للزوجة أو من ينوب عنها الحق في حِيازة الرسم الأصلي في أجَل لا يتعدى (١٥) يومًا من تاريخ العقد ، كما للزوج الحق في أخذ نسخة منه .

الباب الخامس
في الوكالة بالنكاح

(مادة ٥٧)

يَجُوزُ لِلزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ أَنْ يَتَوَلَّيَا عَقْدَ نِكَاحِهِمَا بِأَنْفُسِهِمَا ، وَأَنْ يُوَكِّلاَ بِهِ مَنْ شَاءا ، إِذَا كَانَا حُرَّيْنِ عَاقِلَيْنِ بَالِغَيْنِ . وَلِلْوَلِيِّ أَبًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ أَنْ يُوَكِّلَ بِنِكَاحِ مَنْ لَهُ الْوِلاَيَةُ عَلَيْهِمْ مِنَ الصِّغَارِ وَمَنْ يَلْحَقُ بِهِمْ (١) .

* * *

٣٩١ – لما كانت الوَكَالة نوعًا من الولاية من حيث إن تصرف الوكيل يَنْفُذُ على الموكِّل كتصرف الولي يَنْفُذُ على المولَّي عليه ، ناسب أن تُذْكَر الوَكَالة بالنكاح عقب الولي .

٣٩٢ – **والتوكيل** : هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه . فيؤخذ من هذا التعريف أن كل شخص يملك تصرفًا من التصرفات ، له أن يتولاه بنفسه ، وله أن يوكل غيره فيه . وكل شخص لا يملك تصرفًا ، ليس له أن يوكل غيره فيه ، لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة . فإذا كانت الأولى غير موجودة ، فلا يتأتى وجود الثانية .

٣٩٣ – ويترتب على هذا : أن الشخص متى كان عاقلًا بالغًا سواء كان مُذكَّرًا أو أنثى ، يجوز له أن يوكل غيره بتزويجه ، لأن له أن يتولاه بنفسه . وكذلك الولي

---

(١) **قول الشافعية** : جاء في مغني المحتاج (٢٦٣/٤) : « (وللمجبر) لموليته (التوكيل في التزويج) منها (بغير إذنها) كما يزوجها بغير إذنها ، لكن يسن له استئذانها ويكفي سكوتها » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك (٣٧٦/٢ ، ٣٧٧) : « (وإن وكلته) المرأة على أن يزوجها (ممن أحب) الوكيل ، وأحب إنسانًا (عَيَّنَ) لها قبل العقد وجوبًا من أحبه لها ، لاختلاف أغراض النساء في الرجال (وإلا) يعيّن لها وزوّجها ممن أحب (فلها الرد) أي : رد النكاح (ولو بعد) ما بين العقد واطلاعها عليه (بخلاف الزوج) يُوكل مَنْ يزوجه ممن أحب فزوجه (فيلزمه) وليس له رد . فإن طلق ، لزمه نصف المهر » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٨٢/٨) : « الصحيح من المذهب جواز الوَكالة في النكاح ، وجواز توكيل الولي ، سواء كان مُجبرًا أو غير مُجبر ، أبًا كان أو غيره ، بإذن الزوجة وبغير إذنها » .

سواء كان أبًا أو جَدًّا أو غيرهما ، فإن له أن يوكل غيره بتزويج من له الولاية عليه سواء كان صغيرًا أو ملحقًا به ؛ لأن له أن يتولى العقد بنفسه .

٣٩٤ - وإن الشخص متى كان صغيرًا أو ملحقًا به ، فلا يجوز له أن يوكل غيره بتزويجه ؛ لأنه ليس له أن يزوج نفسه ، فلا يوكل غيره ؛ إذ الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة ، وهذه غير موجودة ، فلا يتأتى وجود الثانية .

(مادة ٥٨)

يَصِحُّ التَّوْكِيلُ بِالنِّكَاحِ شِفَاهًا وَبِالكِتَابَةِ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ لِصِحَّتِهِ ، بَلْ لِخَشْيَةِ الجُحُودِ وَالنِّزَاعِ (١) .

* * *

٣٩٥ - ولا يشترط أن يكون التوكيل بالكتابة ، بل يصح أن يكون كتابةً وأن يكون مُشَافهة .

٣٩٦ - ولا يشترط لصحة التوكيل الإشهاد عليه ، فإذا وَكَّلَ شخصٌ غيرَهُ في التزويج أو في غيره ، ولم يُشْهِدَا على هذا التوكيل ، ففعل الوكيلُ الموكَّلَ فيه، جاز على الموكِّل .

٣٩٧ - وإنما يستحب الإشهاد عليه ، خوفًا من جحود التوكيل ، فيحصل النزاع . فإذا كانت هناك شهود ، أمكن المدعي إثباتَ التوكيل بها ، بخلاف ما إذا لم يُشْهِدَا ؛ فإنه لا يَتَأَتَّى إثباتُ التوكيل بالبينة .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٥/٢١) : « وإذا كان العقد من الوكيل بشهود جاز ، وإن لم يكن على التوكيل شهود ؛ لأن التوكيل بالنكاح ليس بنكاح ، والشهود من خصائص شرائط النكاح » .

قول الشافعية : جاء في فتاوى الرملي (٣/١٥٨) : « (سئل) عن رجل وكل والده في عقد نكاحه على بِكْر معينة بمهر معين ، وأشهد بذلك شهودًا ، وعقد والده ذلك النكاح بحضرة شهود غير شهود التوكيل ، ولم يذكروا التوكيل في توثيقهم ، إما لعدم اطلاعهم عليه ، أو لنسيان وقع منهم حال الكتابة . فهل هذا العقد صحيح ، وهل يشترط في صحة العقد علم شهوده بالتوكيل أم الشهادة بالتوكيل كافية ؟ ، (فأجاب) بأن : العقد المذكور صحيح إن علم الولي والشاهدان الوكالة وإن لم يصرحا بها في التوثيق ، وإلا فباطل » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/١٥) : « ولا يعتبر في صحة الوكالة إذن المرأة في التوكيل ، سواء كان الموكل أبًا أو غيره . ولا يفتقر إلى حضور شاهدين » .

(مادة ٥٩)

لاَ يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ بِلاَ إِذْنِ مُوَكِّلِهِ أَوْ مُوَكِلَتِهِ أَوْ بِلاَ تَفْوِيضِ الأَمْرِ إِلَى رَأْيِهِ .

* * *

٣٩٨ – ولا يجوز للوكيل بالزواج أن يوكل غيره ؛ بل هو الذي يتولى العقد بنفسه ، سواء كان الموكل له هو الزوج أو الزوجة ؛ لأن الموكِّلَ رَضِي برأيه لا برأي غيره ، فليس له أن يُقِيم غيره مقامه . حتى إذا وُجِد من الموكِّل رضًا بغير رأي الوكيل ، جاز للوكيل أن يوكل ، سواء كان هذا الرضا صراحةً ، أو دلالةً .

٣٩٩ – **فالصريح** : كما إذا قال رجل لآخر : وكلتُكَ في أن تزوجني فلانة ، ولك أن توكِّلَ فلانًا ، أو لكَ أن توكل من شئتَ . **ففي الحالة الأولى** : ليس له أن يوكل غير فلانٍ المعينِ ، لعدم رضاه برأي غيره . **وفي الحالة الثانية** : له أن يوكل من شاء لتفويض الأمر إلى مشيئته ، فكل شخص وَكَّلَه فقد شاء توكيله ، فيصح .

٤٠٠ – **والدلالة** : كأن يقول له : وكلتُكَ في أن تزوجني فلانةً ، وفَوَّضْتُ الأمر إلى رأيكَ في كل ما تفعله . فتوكيله غيرَه في هذه الحالة صحيح أيضًا ؛ لأنه من ضِمْنِ أفعاله التي رَضِي بها الموكِّل ، فيصح .

(مادة ٦٠)

لا يُطَالِبُ الْوَكِيلُ بِتَسْلِيمِ الزَّوْجَةِ لِلزَّوْجِ وَلا بِمَهْرِهَا ، إلا إِذَا ضَمِنَهُ لَهَا . فَإِنْ ضَمِنَهُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ أَدَاؤُهُ ، وَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ بِهِ عَلَى الزَّوْجِ ، إلا إِذَا كَانَ الضَّمَانُ بِإِذْنِهِ .

* * *

٤٠١ – فإذا وَلِيَ الوكيلُ عقد الزواج ، فقد انتهت مأموريته ، فلا يُطَالب بالحقوق المترتِّبَة عليه ؛ لأنه سفير ومعبر فقط . بخلاف الوكيل في البيع ، فإن كان وكيلًا من جهة البائع ، يُطَالَب بتسليم المبيع . وإن كان من جهة المشتري ، يُطَالَب بالثمن . ومثلهما جميع الحقوق المترتِّبة على عقد البيع كما يأتي لك في مَحَلِّه .

وحينئذٍ فلا يُطَالِبُ الزوجُ الوكيلَ بتسليمه الزوجةَ ، ولا تطالب الزوجةُ الوكيلَ بمهرها

بمجرد هذا العقد .

٤٠٢ - فإن حصل ما يوجب مطالبته بالمهر غير العقد ؛ طُولِبَ به ، فإن التزم الوكيل للزوجة أو لوليها بدفع المهر ، سواء كان هذا الالتزام في العقد أو بعده ؛ وجب عليه أداؤه .

٤٠٣ - لكن وجوب هذا الأداء لم يكن بالعقد ، بل بالضمان . فإن دفع الوكيل المهر وأراد أن يأخذه من الزوج ، فإن أعطاه من غير نزاع فبها (١) .

وإن تأخر عن الدفع إليه . فإن أذنه بإعطائه للزوجة ، أجبر على الدفع للوكيل ؛ لأن الوكيل في هذه الحالة صار قاضيًا دَيْنَهُ بإذنه ، فلا يكون متبرعًا . وإن كان الزوج لم يأذن له بالإعطاء ، فلا يجبر على دفعه ؛ لأنه - والحالة هذه - يكون متبرعًا ، حيث دفع الدَّيْنَ بلا إذن المَدِين .

(مادة ٦١)

يُشْتَرَطُ لِلُزُومِ عَقْدِ الْوَكِيلِ وَنُفُوذِهِ عَلَى مَنْ وَكَّلَهُ مُوَافَقَتُهُ لِمَا أَمَرَهُ بِهِ . فَإِنْ خَالَفَ ، فَلاَ يَنْفُذُ عَلَيْهِ النِّكَاحُ ، إِلاَّ إِذَا أَجَازَهُ (٢) .

---

(١) في الأصل : [فيها] .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٥/٢١) : « وإن أمره أن يُزوِّجه امرأة بعينها على مهر قد سماه ، فزوَّجها إياه وزاد عليه في المهر ، فإن شاء الزوج أجازه ، وإن شاء رده ؛ لأنه أتى بخلاف ما أمر به ، فكان مُبتدئًا ، فيتوقف عقده على إجازته . وإن لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها ، فهو بالخيار أيضًا ؛ لأن دخوله بها كان باعتبار أنه امتثل الوكيلُ أمرَه ، فلا يصير به راضيًا بما خالف فيه الوكيل ، فإن الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به ، فكان على خياره ، إن شاء أقام معها بالمهر المسمى ، وإن شاء فارقها وكان لها الأقلُّ من المسمى ومن مهر مثلها » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣/١٣٦) : « لو (قال الولي للوكيل : زَوِّجها بشرط رهن أو ضمين بالمهر) أو لا تزوجها إلا بهذا الشرط ، فَزَوَّجَ (ولم يمتثل) شرطه (لم ينعقد) تزويجه (أو قال) له : (زوجها بكذا ، وخذ) به (رهنًا أو كفيلًا . فزوجها ولم يأخذ) رهنًا أو كفيلًا (انعقد) التزويج كما في البيع فيهما » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير على مختصر خليل (٢/٣٠٩ ، ٣١٠) : « (وإن أمره) أي : أَمَرَ الزوجُ وكيلَه أن يزوجه امرأة (بألف) مثلًا سواء (عَيَّنَهَا) أي : الزوجة ، بأن قال له : زوجني فلانةً بألف (أو لا) =

٤٠٤ - فإن وَلِيَ الوكيلُ العقدَ الذي وُكِّل فيه ، وكان موافقًا لكل ما أمره به الموكِّلُ ، لزمه وليس له أن يَرُدَّهُ أصلًا .

٤٠٥ - فإذا وَكَّل رجلٌ رجلًا آخر في أن يزوجه بنت فلان الفلانية بمائة جنيه مثلًا ، فزوجها له بهذا المبلغ ؛ لزمه هذا العقد ، وليس له نقضه .

فإن خالف ، بأن زوجه غير المُسَمَّاةِ ، أو زَوَّجَ المُسَمَّاةَ له بمائة وخمسين جنيهًا مثلًا ؛ فلا يَنْفُذُ هذا العقد ؛ بل يكون موقوفًا على مشيئة الموكِّل ، فإن لم يَرْضَ به ؛ أبطله ، وإن رضي ؛ أجازه . وسيأتي لك إيضاحٌ بما لا مزيد عليه - إن شاء اللّٰه تعالى - لهذا المقام في مادة (١٤٠) وما بعدها [1] .

= بأن قال له : زوجني امرأةً بألف (فزوجه بألفين) تعديًا ، ولم يعلم واحد من الزوجين قبل الدخول بالتعدي (فإن دخل) الزوج بها (فعلى الزوج ألف) وهي التي أمر الوكيلَ بها (وغرم الوكيل ألفًا إن تعدى) أي : ثبت تعديه (بإقرار) منه (أو بينة) عاينت توكيل الزوج بالألف ، والنكاح ثابت (وإلا) يثبت التعدي ، حلف الزوج أنه إنما أمر الوكيل بألف ، وبرئ . فيحلف الوكيل أنه إنما أمره بألفين ، فإن حلف ، ضاعت الألف الثانية ، ويثبت النكاح بالألف » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٨٨/٣) : « (وإن وكله أن يتزوج له امرأة فتزوج) الوكيل (له غيرها) لم يصح العقد للمخالفة (أو تزوج) إنسان (له) أي : لآخر (بغير إذنه فالعقد فاسد لو أجازه) المعقود له كبيع الفُضُولي » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٩) : الكفاءة حق خاص للمرأة وللولي .

المادة (٣١) : تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده.

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٥) الكفاءة شرط في لزوم الزواج والعبرة فيها بالصلاح في الدين عند العقد .

المادة (٣٦) الكفاءة حق خاص للمرأة والولي .

الباب السادس
في الكفاءة

(مادة ٦٢)

تُعْتَبَرُ الْكَفَاءة مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ ، لاَ مِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ ، فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ أَدْنَى مِنْهُ فِي الشُّرُوطِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْمَادَّةِ الآتِيَةِ (١) . وَالْكَفَاءة حَقُّ الْوَلِيِّ وَحَقُّ الْمَرْأَةِ (٢) ، وَاعْتِبَارُهَا عِنْدَ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ ، فَلاَ يَضُرُّ زَوَالُهَا بَعْدَهُ (٣) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣/٣٢٠) : « فالكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال ، على معنى أنه تعتبر الكفاءة في جانب الرجال للنساء ، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال ؛ لأن النصوص وردت بالاعتبار في جانب الرجال خاصة » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٣/٨٥) : « (و) الكفاءة (هي حق الولي ، لا حقها) فلو نكحت رجلًا ولم تعلم فإذا هو عبد ، لا خيار لها بل للأولياء . ولو زوجوها برضاها ، ولم يعلموا بعدم الكفاءة ، ثم علموا ، لا خيار لأحد ، إلا إذا شرطوا الكفاءة ، أو أخبرهم بها وقت العقد فزوجوها على ذلك ، ثم ظهر أنه غير كفء ، كان لهم الخيار » ، وجاء في رد المحتار (٣/٨٥) تعليقًا على هذا : « (قوله : هي حق الولي لا حقها) كذا قال في البحر ، واستشهد له بما ذكره الشارح عن الولوالجية ، وفيه نظر . بل هي حق لها أيضًا ، بدليل أن الولي لو زَوَّجَ الصغيرةَ غيرَ كفءٍ ، لا يصح ، ما لم يكن أبًا أو جدًّا غير ظاهر الفسق ، ولما في الذخيرة قُبيل الفصل السادس من أن الحق في إتمام مهر المثل عند أبي حنيفة للمرأة ، وللأولياء حق الكفاءة ، وعندهما للمرأة لا غير » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣/١٣٩) : « (والكفاءة حق للمرأة والولي) واحدًا كان أو جماعة » .

قول المالكية : جاء في الجواهر المضية بشرح المقدمة العزية (ص ٢٩٤ ، ٢٩٥) : « (والكفاءة حق المرأة) أي : فقط ، وكون الزوج غير فاسق حق للمرأة (والأولياء) معًا بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا (فإن اتفقت معهم على تركها ما عدا الإسلام جاز) فلها وللولي أن تُزَوَّج من فاسق ولو سِكيرًا إن أَمِن عليها ، ويصح النكاح . فإن لم يُؤْمَن عليها ، رَدَّهُ الإمامُ ، وإن رضيت هي ووليها ؛ لأنه صار الحق لله تعالى لوجوب حفظ النفوس ، فلم يلتفت لرضاها ورضا وليها » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٢/٦٤٩) : « (فتكون) الكفاءة (حقًّا لله تعالى ولها) أي : الزوجة (ولأوليائها كلهم » .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢/١١) : « (والكفاءة في النكاح معتبرة) قال في الفتاوى : تعتبر عند ابتداء النكاح ، ولا يعتبر استمرارها بعد ذلك ، حتى لو تزوجها وهو كفء ثم صار فاجرًا ، لا يفسخ النكاح » .

٤٠٦ - **الكفء - في اللغة -** : النظير . يقال : كافأه ، أي : ساواه . ومنه قوله عليه الصلاة والسلام : « **المؤمنون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم** » [(١)] .

٤٠٧ - وإنما اعتبرت الكفاءة بين الزوجين ؛ لأن النكاح يُعْقَد للعُمْر ، ويشتمل على أغراض ومقاصد ، كالازدواج والصُّحْبَة والأُلْفَة وتأسيس القرابات . ولا ينتظم ذلك عادة إلا بين الأَكْفَاء ؛ ولأنهم يتعيرون بعدم الكفاءة، فيتضرر الأولياء به .

والكفاءة تعتبر من جانب الرجل لا من جانب المرأة ؛ لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرَشة للخسيس ، فلا بد من اعتبارها من جانبه ، بخلاف جانبها ؛ لأن الزوج مستفرِش ، فلا تُغِيظه دناءةُ المرأة [(٢)] .

٤٠٨ - والكفاءة حق الولي وحق المرأة ، فلو أسقط كلٌّ منهما حقه ، فالأمر ظاهر . ولو أسقط واحد منهما حقه ، بقي حق الآخر .

٤٠٩ - **ويترتب على كون الكفاءة حقهما** : إنه إذا تزوجت المكلفة بغير كفءٍ برضا وليها العاصب قبل العقد ، صح ؛ لأن كلاً منهما أسقط حقه في الكفاءة، فيسقط .

٤١٠ - ولو زَوَّجَتْ نفسها من غير كفءٍ بلا رضاه ؛ لم يصحَّ العقد ؛ لأنها وإن أسقطت حقها ، فحقه باقٍ . ولو كانت الكفاءة حقها وحدها ؛ لصح هذا العقد .

٤١١ - ولو زوج الأب أو الجد وكلٌّ منهما معروف قبل العقد بسوء الاختيار، أو غيرهما من الأولياء مُوَلِّيَتَهُ بغير كفءٍ ؛ لم يصح هذا العقد أيضًا ؛ لأن الولي وإن

= **قول الشافعية** : جاء في تحفة المحتاج (٣٤٩/٧) : « (ولا خيار لولي بحادث) بالزوج بعد عقد النكاح ؛ لأن حقه في الكفاءة في الابتداء دون الدوام ؛ لانتفاء العار فيه ، ولهذا لو عتقت تحت قِنٍّ ورضيت به ، لم يتخير » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٠٦/٣) : « وليس لولي رَضِي فطلق امتناع بلا حادث يعني أن الولي إذا رضي بغير كفءٍ وزوج منه ، ثم طلق طلاقًا بائنًا أو رجعيًا ، وانقضت العدة وأراد عودها فرضيت الزوجة وامتنع الولي منه ، فليس له الامتناع حيث لم يحدث فيه ما يوجب الامتناع ، ويعد عاضلاً » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٦٨/٥) : « (ولو زالت الكفاءة بعد العقد فلها) أي : الزوجة (الفسخ فقط) دون أوليائها كعتقها تحت عبد ؛ ولأن حق الأولياء في ابتداء العقد لا في استدامته » .

(١) سنن النسائي (كتاب : القسامة / باب : سقوط القود من المسلم للكافر / ٤٧٤٦) ، وسنن أبي داود (كتاب : الجهاد / باب : في السرية ترد على أهل العسكر / ٢٧٥١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الديات / باب : المسلمون تتكافأ دماؤهم / ٢٦٨٣) .

(٢) ينظر : فتح القدير (٢٩٢/٣) .

أسقط حقه في الكفاءة ، إلا أن حقها باقٍ . ولو كانت الكفاءة حق الولي وحده ، لصح هذا العقد . واعتبار الكفاءة عند ابتداء العقد ، فلا يضر زوالها بعده . فإذا كان الرجل وقْتَ التزوج كفأً للمرأة التي تزوجها ، ثم زالت الكفاءة بأي سبب من الأسباب الآتية ، فلا يُفْسَخُ العقدُ بانعدام الكفاءة ؛ لأنها من الشروط التي يلزم وجودها في أول الأمر ، ولا يشترط استمرارها ؛ لما يترتب على اشتراط الاستمرار من الحرج ؛ لأن بقاء الشخص على حالة واحدة نادر ، فيلزم على اعتبار استمرارها فسخُ عقودٍ كثيرةٍ ، ولا يخفي ما فيه من الضرر (١) .

(مادة ٦٣)

إِذَا زَوَّجَتْ الْحُرَّةُ الْمُكَلَّفَةُ نَفْسَهَا بِلاَ رِضَا وَلِيِّهَا الْعَاصِبِ قَبْلَ الْعَقْدِ ، أَوْ زَوَّجَ الصَّغِيرَةَ غَيْرُ الأَبِ وَالْجَدِّ مِنَ الأَوْلِيَاءِ ، أَوْ زَوَّجَهَا الأَبُ أَوِ الْجَدُّ وَهُوَ مَاجِنٌ سَيِّئُ الاخْتِيَارِ مَشْهورٌ بِذَلِكَ قَبْلَ الْعَقْدِ ، يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ كُفأً لِلْمَرْأَةِ : نَسَبًا إِنْ كَانَا عَرَبِيَّيْنِ أَصْلاً ، وَإِسْلاَمًا ، وَمَالاً ، وَصَلاَحًا ، وَحِرْفَةً سَوَاءٌ كَانَا عَرَبِيَّيْنِ أَوْ غَيْرَ عَرَبِيَّيْنِ (٢) . فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ غَيْرَ كُفْءٍ لِلْمَرْأَةِ فِي شَرْطٍ مِنَ الشُّرُوطِ

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٦) : يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كُفؤًا للمرأة .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣١٨/٢ - ٣٢١) : « فما تعتبر فيه الكفاءة أشياء ، منها : النسب : والأصل فيه قول النبي ﷺ : « **قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، حي بحي ، وقبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض ، رجل برجل** » ؛ لأن التفاخر والتعيير يقعان بالأنساب ، فتلحق النقيصة بدناءة النسب ، فتعتبر فيه الكفاءة . فقريش بعضهم أكفاء لبعض على اختلاف قبائلهم ، حتى يكون القرشي الذي ليس بهاشمي كالتيمي والأموي والعدوي ونحو ذلك كُفأً للهاشمي ؛ لقوله ﷺ : « قريش بعضهم أكفاء لبعض » . وقريش تشتمل على بني هاشم ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض بالنص . ولا تكون العرب كفأً لقريش ؛ لفضيلة قريش على سائر العرب ؛ ولذلك اختصت الإمامة بهم ، قال النبي ﷺ : « **الأئمة من قريش** » . بخلاف القرشي أنه يصلح كفأً للهاشمي ، وإن كان للهاشمي من الفضيلة ما ليس للقرشي ، لكن الشرع أسقط اعتبار تلك الفضيلة في باب النكاح ، عرفنا ذلك بفعل رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة ﷺ ؛ فإنه روي أن رسول الله ﷺ زوج ابنته من عثمان ﷺ وكان أمويًا لا هاشميًا ، وزوج عليّ ﷺ ابنته من عمر ﷺ ولم يكن هاشميًا بل عدويًا ، فدل أن الكفاءة في قريش لا تختص ببطن دون بطن . واستثنى محمد ﷺ بيت الخلافة ، فلم يجعل القرشي الذي ليس بهاشمي كفأً له . ولا تكون الموالي أكفاء للعرب ؛ لفضل العرب على العجم . والموالي بعضهم أكفاء لبعض بالنص ، وموالي العرب أكفاء لموالي قريش ، لعموم قوله : « والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل » . ثم مفاخرة العجم بالإسلام لا بالنسب . =

= **ومنها الحرية** : لأن النقص والشين بالرق فوق النقص والشين بدناءة النسب ، فلا يكون القِنُّ ، والمدبَّر ، والمكاتَب كفأً للحرة بحال ، ولا يكون مولي العتاقة كفأً لحرة الأصل ، ويكون كفئًا لمثله ؛ لأن التفاخر يقع بالحرة الأصلية ، والتعيير يجري في الحرية العارضة المستفادة بالإعتاق ؛ وكذا من له أب واحد في الحرية ، لا يكون كفأً لمن له أبوان فصاعدًا في الحرية . ومن له أبوان في الحرية ، لا يكون كفأً لمن له آباء كثيرة في الحرية ، كما في إسلام الآباء ؛ لأن أصل التعريف بالأب وتمامه بالجد ، وليس وراء التمام شيء ؛ وكذا مولي الوضيع لا يكون كفأً لمولاة الشريف ، حتى لا يكون مولى العرب كفأً لمولاة بني هاشم ، حتى لو زَوَّجَتْ مولاة بني هاشم نفسها من مولى العرب ، كان لمعتقها حق الاعتراض ؛ لأن الولاء بمنزلة النسب ، قال النبي ﷺ : « **الولاء لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النسب** » .
ومنها المال : فلا يكون الفقير كفأً للغنيَّة ، لأن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة ، وخصوصًا في زماننا هذا ؛ ولأن للنكاح تعلُّقًا بالمهر والنفقة تعلُّقًا لازمًا ؛ فإنه لا يجوز بدون المهر ، والنفقة لازمة ، ولا تعلق له بالنسب والحرية ، فلما اعتبرت الكفاءة ثمة ؛ فلأن تعتبر ههنا أولى . والمعتبر فيه القدرة على مهر مثلها والنفقة ، ولا تعتبر الزيادة على ذلك حتى أن الزوج إذا كان قادرًا على مهر مثلها ونفقتها ، يكون كفأً لها ، وإن كان لا يساويها في المال . هكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في ظاهر الروايات . وذُكِر في غير رواية الأصول أن تساويهما في الغِنَى شرط تحقق الكفاءة في قول أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف ؛ لأن التفاخر يقع في الغِنَى عادةً . والصحيح هو الأول ؛ لأن الغنى لا ثبات له ؛ لأن المال غادٍ ورائحٌ ، فلا تعتبر المساواة في الغِنَى . ومن لا يملك مهرًا ولا نفقة ، لا يكون كفأً ؛ لأن المهر عِوَضُ ما يُمَلَّكُ بهذا العقد ، فلا بدَّ من القدرة عليه وقيام الأزواج بالنفقة واجب ، فلا بد من القدرة عليها ؛ ولأن من لا قدرة له على المهر والنفقة يُسْتَحْقَر ويُسْتَهَان في العادة كمن له نسب دنيء ، فتختل به المصالح كما تختل عند دناءة النسب .
وقيل : المراد من المهر قدر المعجَّل عُرفًا وعادةً دون ما في الذمة ؛ لأن ما في الذمة يُسَامَحُ فيه بالتأخير إلى وقت اليَسَار ، فلا يطلب به للحال عادة والمال غادٍ ورائحٌ . وروي عن أبي يوسف أنه إذا ملك النفقة ، يكون كفأً ، وإن لم يملك المهر . هكذا روى الحسن بن أبي مالك عنه ؛ فإنه روى عنه أنه قال : سألتُ أبا يوسف عن الكفء ، فقال : الذي يملك المهر والنفقة . فقلت : وإن كان يملك المهر دون النفقة ، فقال : لا يكون كفأً . فقلت : فإن ملك النفقة دون المهر ، فقال : يكون كفأً . وإنما كان كذلك ؛ لأن المرء يعد قادرًا على المهر بقدرة أبيه عادة ، ولهذا لم يَجُزْ دفع الزكاة إلى ولد الغني إذا كان صغيرًا ، وإن كان فقيرًا في نفسه ؛ لأنه يعد غنيًا بمال أبيه ، ولا يعد قادرًا على النفقة بِغَنى أبيه ؛ لأن الأب يتحمل المهر الذي على ابنه ، ولا يتحمل نفقة زوجته عادةً . وقال بعضهم : إذا كان الرجل ذا جَاه كالسلطان والعالم ؛ فإنه يكون كفأً ، وإن كان لا يملك من المال إلا قدر النفقة لما ذكرنا أن المهر تُجري فيه المسامحة بالتأخير إلى وقت اليسار ، والمال يَغدو ويَرُوح ، وحاجة المعيشة تندفع بالنفقة .
ومنها الدين : في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، حتى لو أن امرأة من بنات الصالحين إذا زَوَّجت نفسها من فاسق ، كان للأولياء حق الاعتراض عندهما ؛ لأن التفاخر بالدِّين أحق من التفاخر بالنسب والحرية والمال ، والتعيير بالفسق أشد وجوه التعيير ، وقال محمد : لا تعتبر الكفاءة في الدِّين ، لأن هذا من أمور الآخرة ، =

= والكفاءة من أحكام الدنيا ، فلا يقدح فيها الفسق إلا إذا كان شيئًا فاحشًا ، بأن كان الفاسق ممن يُسْخَر منه ويُضْحَك عليه ويُصْفَع ، فإن كان ممن يهاب منه ، بأن كان أميرًا قتّالًا ، يكون كفأً ؛ لأن هذا الفسق لا يعد شيئًا في العادة ، فلا يقدح في الكفاءة . وعن أبي يوسف : أن الفاسق إذا كان مُعْلِنًا ، لا يكون كفأً ، وإن كان مستترًا ، يكون كفأً . وأهل الكفر بعضهم أكفاء لبعض ؛ لأن اعتبار الكفاءة لدفع النقيصة ، ولا نقيصة أعظم من الكفر .

وأما الحِرْفة : فقد ذكر الكرخي أن الكفاءة في الحرف والصناعات معتبرة عند أبي يوسف ، فلا يكون الحائك كفأً للجوهري والصيرفي . وذكر أن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب ، أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحِرَف ، فلا يعيرون بها . وأجاب أبو يوسف : على عادة أهل البلاد أنهم يتخذون ذلك حرفة ، فيعيرون بالدنيء من الصنائع ، فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة .

وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي اعتبار الكفاءة في الحرفة ، ولم يذكر الخلاف . فتثبت الكفاءة بين الحرفتين في جنس واحد ، كالبزاز مع البزاز ، والحائك مع الحائك . وتثبت عند اختلاف جنس الحرف إذا كان يقارب بعضها بعضًا ، كالبزاز مع الصائغ ، والصائغ مع العطار ، والحائك مع الحجام ، والحجام مع الدباغ . ولا تثبت فيما لا مقاربة بينهما ، كالعطار مع البَيْطَار ، والبزاز مع الخراز . وذُكِر في بعض نسخ الجامع الصغير : أن الكفاءة في الحِرَف معتبرة في قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف غير معتبرة إلا أن تكون فاحشة ، كالحياكة ، والحجامة ، والدباغة ونحو ذلك ؛ لأنها ليست بأمر لازم واجب الوجود ، ألا ترى أنه يقدر على تركها . وهذا يشكل بالحياكة وأخواتها ؛ فإنه قادر على تركها ، ومع هذا يقدح في الكفاءة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٣٧/٣ ، ١٣٨) : « المعتبرة في النكاح لدفع العار والضرار ، وهي : في السلامة من العيوب المثبتة للخيار ، وفي الحرية ، والنسب ، والدين ، والصلاح ، والحِرْفة (فمن به عيب مثبت للخيار لا عُنَّة فليس بكفء) لامرأة (وإن استويا) في مطلق العيب سواء اختلفا فيه (كرتقاء ومجبوب) أم اتفقا كأبرص وبرصاء ، وإن كان ما بها أكثر وأفحش ؛ لأن النفس تعاف صحبة من به ذلك ، والإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه . واستثناؤه العُنَّة تبع فيه كالإسنوي البغوي ؛ لأنها لا تتحقق ، فلا نظر لها ، ونقلها عنه الأصل . ثم قال : وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره التسوية بينها وبين غيرها ، وإطلاق الجمهور يوافقه . انتهى .

ووُجِّه : بأن الأحكام تُبنَى على الظاهر ، ولا تتوقف على التحقق ، قال في الأصل : وزاد الروياني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة كالعمى والقطع وتشوه الصورة ، وقال : هي تمنع الكفاءة عندي . وبه قال بعض الأصحاب واختاره الصيمري (ولا يكافئ الحرة) أصلية أو عتيقة (ولا من لم يمس آباءها أو الأقرب) إليها (منهم الرق من ليس مثلها في النسب) ؛ لأنها تعير به وتتضرر في الأولى بأنه لا ينفق عليها إلا نفقة المعْسِرين .

وقوله : من زيادته في النسب لا حاجة إليه بل قد يوهم خلاف المراد (ولا يكافئ العربية والقرشية والهاشمية إلا مثلها) لشرف العرب على غيرهم ؛ ولأن الناس تفتخر بأنسابها أَتَمَّ فَخَار ، والخبر : « قدموا قريشًا ولا تَقَدَّمُوها » . رواه الشافعي بلاغًا ، والخبر مسلم : « إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل ، واصطفى قريشًا من كنانة ، واصطفى بني هاشم من قريش ، واصطفاني من بني هاشم » . (وبنو هاشم و) بنو =

= (المطلب أكفاء) لخبر البخاري : « نحن وبنو المطلب شيء واحد » . ومحله في الحرة ؛ فلو نكح هاشمي أو مطلبي أمة ، فأتت منه ببنت ، فهي مملوكة لمالك أمها ، فله تزويجها من رقيق ودنيء النسب . وأفهم كلامه ما صرح به في الروضة من أن موالي كل قبيلة ليسوا أكفاء لها (وسائر العرب) أي : باقيهم (أكفاء) أي : بعضهم أكفاء بعض . وقال الرافعي : مقتضى اعتبار النسب في العجم اعتباره في غير قريش من العرب ، لكن ذكر جماعة أنهم أكفاء . وجرى النووي على ما اختصره المصنف ، فقال مستدركًا على الرافعي : ما ذكره الجماعة هو مُقتضَى كلام الأكثرين .

وذكر إبراهيم المروزي أن غير كنانة لا يكافئها ، واستدل له السبكي بخبر مسلم السابق ، فحصل في كونهم أكفاء وجهان ، وقد نقل الماوردي عن البصريين أنهم أكفاء ، وعن البغداديين خلافه . فتُفَضَّل مضر على ربيعة ، وعدنان على قحطان اعتبارًا بالقرب منه ﷺ . وتقدم عنه نظيره في قَسْم الفيء والغنيمة ، وهذا هو الأوجه . قال في المهمات : اعتبار النسب في الكفاءة أضيق منه في الإمامة العظمى ، ولهذا سَوَّوْا بين قريش هناك ، ولم يُسَوُّوا بينها هنا . وقد جزم الرافعي ثَمَّ بأنه إذا لم يوجد قرشي بشرطه فكناني ، فإن لم يكن فرجل من ولد إسماعيل ، فإن تعذر فعجمي ، فإذا قدموا الكنانيَّ على غيره ثَمَّ ولم يكافئ بينهما فهنا أولى .

قال : واستدراك النووي على الرافعي عجيب ؛ فإنه صحح اعتبار النسب في العجم ، فأقل مراتب غير قريش من العرب إن كانوا كالعجم ، فلزم اعتباره فيهم كما يقول الرافعي بلا شك ، والذي اغتر به النووي إنما هو نقل الرافعي خلافه عن جماعة ، والظاهر أن تلك الجماعة ممن يقول : إن الكفاءة في غير العرب لا تعتبر (وتعتبر الكفاءة في نسب العجم) كالعرب . وحقه أن يقول : ويعتبر في كفاءة العجم نسبهم . وعبارة الأصل : ويعتبر النسب في العجم ، أي : فتفضل الفرس على النبط ، وبنو إسرائيل على القبط (والاعتبار بالأب) في غير أولاد بنات النبي ﷺ (فلا أثر للأم ولو كانت رقيقة) فمن أبوه عجمي وأمه عربية ليس كفأً لمن أبوها عربي وأمها عجمية ، ومن ولدته رقيقة كفؤ لمن ولدته حرة ؛ لأنه يتبع الأب في النسب (ولا يكافئ من أسلم أو أسلم أحد آبائه الأقربين أعرق) أي : أقدم (منه في الإسلام) فمن أسلم بنفسه ليس كفأً لمن لها أب أو أكثر في الإسلام ، ومن له أبوان في الإسلام ليس كفأً لمن لها ثلاثة آباء فيه (والفاسق والمبتدع ليس بكفءٍ للعفيفة والسنية) قال تعالى : ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ ﴾ . (ومن لا يشهر بالصلاح كفء للمشهورة به) اكتفاء بمطلق الصلاح (وفي الحرف لا يكافئ الكناس والحجام وقيِّم الحمام والحارس) والراعي ونحوهم (بنت الخياط ، والخياط لا يكافئ بنت البزاز) والتاجر (ولا) يكافئ (المحترف بنت القاضي والعالم) نظرًا للعرف ؛ ولقوله تعالى : ﴿ وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ فِى ٱلرِّزْقِ ﴾ . أي : في سببه ، فبعضهم يصل إليه ببذل ومشقة ، وبعضهم بدونهما قال في الأصل : وذكر في الحلية : أنه تراعى العادة في الحِرَف والصنائع ، فإن الزراعة في بعض البلاد أولى من التجارة ، وفي بعضها بالعكس . انتهى . وذكر في البحر نحوه أيضًا قال الأذرعي : وهو حسن ينبغي الأخذ به . وقد جزم به الماوردي أيضًا قال في الأنوار : وإذا شك في الشرف والدناءة أو في الشريف والأشرف أو الدنيء والأدنى ، فالمرجع عادة البلد (قال الإمام والغزالي) : وشرف النسب من ثلاث جهات : جهة النبوة ، وجهة العلم ، وجهة الصلاح المشهور .

قالا : (ولا عبرة بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظلمة) المستولين على الرقاب ، وإن تفاخر الناس بهم (قال =

= في الأصل : وكلام النقلة لا يساعدهما) عليه في عظماء الدنيا كما صرح به الرافعي ، قال في المهمات : وكيف لا يعتبر الانتساب إليهم ! وأقل مراتب الإمرة ، أي : ونحوها ، أن تكون كالحرفة ، وذو الحرفة الدنيئة لا يكافئ النفيسة » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢/٢٤٩ - ٢٥١) : « والمعتبر فيها ، أي : الكفاءة - على ما ذكر المصنف أمران (الدين) أي التدين أي كونه ذا دين أي غير فاسق لا بمعنى الإسلام لقوله : (ولها وللولي تركها) ؛ إذ ليس لهما تركه وتأخذ كافرًا إجماعًا (والحال) أي : السلامة من العيوب التي تُوجب لها الخيار في الزوج لا الحال بمعنى الحسَب والنَّسب وإنما تندب فقط (ولها وللولي) أي لهما معًا (تركها) وتزويجها من فاسق سكير يؤمن عليها منه وإلا رده الإمام ، وإن رضيت لحق الله حفظًا للنفوس ، وكذا تزويجها من معيب لكن سيأتي في فصل الخيار أن الثاني أي : السلامة من العيب حق للمرأة فقط وليس للولي فيه كلام . (والمولى) أي العتيق (وغير الشريف) أي : الدنيء في نفسه كالمسلماني ، أو في حرفته كحمَّار وزبَّال (والأقل جاهًا) أي : قدرًا أو منصبًا (كفء) للحرة أصالة والشريفة وذات الجاه أكثر منه (وفي) كفاءة (العبد) للحرة وعدم كفاءته لها على الأرجح (تأويلان) » .

وجاء في حاشيته حاشية الدسوقي : « الحاصل : أن الأوصاف التي اعتبروها في الكفاءة ستة ، أشار لها بعض قوله :

نَسَبٌ ودِينٌ صَنْعَةٌ حُرِّيَّةٌ فَقْدُ العيوب وفي اليسار ترددُ

فإن ساواها الرجل في الستة ، فلا خلاف في كفاءته ، وإلا فلا . واقتصر المصنف على ما ذَكَر لقول القاضي عبد الوهاب : إنها المماثلة في الدين والحال ، ولا يشترط فيها المماثلة في غير ذلك من باقي الأوصاف ، فمتى ساواها الرجل فيهما فقط كان كفأً . (قوله : وفي العبد تأويلان) المذهب أنه ليس بكفء كما في الشارح تبعًا لشب ، وفي عبق أن الراجح أنه كفء وهو الأحسن ؛ لأنه قول ابن القاسم أقول . والظاهر التفصيل ، فما كان من جنس الأبيض فهو كفء ؛ لأن الرغبة فيه أكثر من الأحرار ، وبه الشرف في عُرف مصرنا . وما كان من جنس الأسود ، فليس بكفء ؛ لأن النفوس تنفر منه ، ويقع به الذم للزوجة ا هـ عدوي . وظاهر المصنف جريان الخلاف في عبد أبيها وغيره » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٧) : « والكفء ذو الدين والمنصب . يعني بالمنصب : الحسَب ، وهو النسب . **واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة ، فعنه هما شرطان** : الدين ، والمنصب لا غير . وعنه : أنها خمسة : هذان ، والحرية ، والصناعة ، واليسار ، وذكر القاضي في المجرد : أن فقد هذه الثلاثة لا يُبْطِل النكاح رواية واحدة ، وإنما الروايتان في الشرطين الأولين . قال : ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير ؛ لأنه نقص لازم ، وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد » .

وجاء فيه أيضًا (٧/٣٠) : « من أسلم أو عتق من العبيد ، فهو كفء لمن له أبوان في الإسلام والحرية . فأما ولد الزنى فيحتمل ألا يكون كفأً لذات نسب ، فإن أحمد ﷺ ذُكِر له : أنه يَنْكِح ويُنْكَح إليه ، فكأنه لم يُجِبْ ؛ وذلك لأن المرأة تعير به هي وأولياؤها ، ويتعدى ذلك إلى ولدها ، وأما كونه ليس بكفءٍ لعربية ، فلا إشكال فيه ؛ لأنه أدنى حالًا من المولى . والموالي بعضهم لبعض أكفاء ، وكذلك العَجَم . =

الْمَذْكُورَةِ ؛ فَالنِّكَاحُ غَيْرُ صَحِيحٍ فِي الصُّوَرِ الْمُتَقَدِّمَةِ (١) .

٤١٢ – وقد علمتَ مما تقدم أنه إذا زَوَّجَتْ المكلفةُ نفسها بلا رضا وليها العاصب قبل العقد ، أو زَوَّجَ الصغيرةَ غيرُ الأب والجد من الأولياء ، أو زَوَّجَها الأبُ أو الجدُّ وهو مشهور بسوء الاختيار قبل العقد ، يشترط لصحة النكاح أن يكون الزوج كفأً للمرأة .

= قال أحمد رحمه الله في رجل من بني هاشم له مولاة : يزوجها الخراساني . وقول النبي ﷺ : « **موالي القوم من أنفسهم** » . هو في الصدقة . فأما في النكاح ، فلينكح . وذكر القاضي رواية عن أحمد : أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر ؛ ولأن النبي ﷺ زوج زيدًا وأسامة عربيتين ؛ ولأن موالي بني هاشم ساوُوهم في حرمان الصدقة ، فيساوونهم في الكفاءة . وليس هذا بصحيح ؛ فإنه يوجب أن يكون الموالي أكفاء للعرب ، فإن المولى إذا كان كفء سيده كان كفأً لمن يكافئه سيده ، فيبطل اعتبار المنصب . وقد قال أحمد : هذا الحديث في الصدقة ، لا في النكاح . ولهذا لا يساوونهم في استحقاق الخمس ، ولا في الإمامة ، ولا في الشرف . وأما زيد وأسامة ، فقد استدل بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح ، واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما عربيان ، فإنهما من كَلْبٍ ، وإنما طَرَأَ عليهما رِقٌّ . فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربي الأصل . فأما أهل البدع : فإن أحمد قال في الرجل يزوج الجهميَّ : يفرق بينهما . وكذلك إذا زوج الواقفي إذا كان يخاصم ويدعو . وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظية وقد كتب الحديث ، فهذا شر من جهمي ، يفرق بينهما . وقال : لا يزوج بنته من حروري مَرَقَ من الدين ، ولا من الرافضي ، ولا من القَدَرِي ، فإذا كان لا يدعو فلا بأس . وقال : من لم يُرَبِّع بعلي في الخلافة ، فلا تناكحوه ولا تكلموه . قال القاضي : المقلد منهم يصح تزويجه ، ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في العناية (٢٩١/٣) : « الكفاءة معتبرة ، أن عدمها يمنع الجواز أو يُمَكِّن الأولياء من الفسخ » .

قول الشافعية : جاء في حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب (١٦٣/٤) : « الكفاءة معتبرة في النكاح لا لصحته ؛ بل لأنها حق للمرأة والولي ، فلهما إسقاطها » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (١٠٦/٥) : « (والكفاءة الدين والحال) ابن عرفة : وهي مطلوبة بين الزوجين (ولها وللولي تركها) ، هذا نص ابن الحاجب والتلقين » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٦/٧) : « اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح ، فروي عنه أنها شرط له . قال : إذا تزوج المولى العربية ، فُرِّقَ بينهما . وهذا قول سفيان . وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب : ما هو بكفءٍ لها ، يفرق بينهما . وقال : لو كان المتزوج حائكًا ، فرقت بينهما ، لقول عمر رضي الله عنه : لأمنعن فروج ذوات الأحساب ، إلا من الأكْفَاء . والرواية الثانية عن أحمد : أنها ليست شرطًا في النكاح . وهذا قول أكثر أهل العلم . والصحيح أنها غير مشترطة ، وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ، ولا يلزم منه اشتراطها ؛ وذلك لأن للزوجة ولكل واحد من الأولياء فيها حقًا » .

فإن كان غير كفءٍ ، فلا يصح العقد .

٤١٣ - والكفاءة معتبرة في ستة أشياء ، وهي : النسب إن كانا عربيين أصلًا ، والإسلام ، والحرية ، والمال ، والديانة ، والحِرْفة سواء كانا عربيين أو غير عربيين .

وقد نَظَم بعضهم هذه الأشياء الستة تسهيلًا لحفظها فقال (١) :

إنَّ الْكَفَاءة في النِّكَاحِ تَكُونُ في سِتٍّ لَهَا بَيْتٌ بَدِيعٌ قَدْ ضبط
نَسَبٌ وَإِسْلامٌ كَذَلِكَ حِرْفَةٌ حُرِّيَّةٌ وَدِيَانَةٌ مَالٌ فَقَطْ

٤١٤ - وإنما اعتبرت في هذه الأشياء ؛ لأن التفاخر يقع بها فيما بين الناس ، فلابد من اعتبارها .

٤١٥ - فالنسب معروف ، والعربي - عند الفقهاء - : هو من يُعْرَف اتصال نسبه إلى قبيلة من القبائل . والعجمي بخلافه . فقريش بعضهم أكفاء لبعض ، فلا يعتبر التفاضل فيما بين قريش . وعن محمد : إلا أن يكون نسبًا مشهورًا كأهل بيت الخلافة ؛ وكأنه قال ذلك تعظيمًا للخلافة وتسكينًا للفتنة ، ويدل على عدم اعتبار التفاضل بين قريش أن النبي عليه الصلاة والسلام زوج بنته من عثمان (٢) وهو عدوي لا هاشمي ، وزوج عليٌّ كرم اللَّه وجهه بنتَه أمَّ كلثوم (٣) من عمر وهو عدوي لا هاشمي وهي هاشمية ، ويجمعهما قريش ؛ وكذا العرب غير قريش بعضهم أكفاء لبعض ، ولا يكون

---

(١) الناظم هو العلامة الحموي . ينظر : رد المحتار (٨٦/٣) .

(٢) هو : عثمان بن عفان أبي العاص بن أمية بن عبد شمس ، أمير المؤمنين ، أبو عمرو ، وأبو عبد اللَّه ، القرشي ، الأموي ، أحد السابقين الأولين ، وذو النورين ، وصاحب الهجرتين وزوج الابنتين . قدم الجابية مع عمر ، تزوج رقية بنت رسول اللَّه ﷺ وعن الشيخين . روى عنه بنوه : أبان وسعيد ، ومولاه حمران ، وأنس وغيرهم ، توفي سنة (٣٥ هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٦٦/٢) ، تاريخ دمشق (٨/١٢) .

(٣) أم كلثوم بنت رسول اللَّه ﷺ وأمها خديجة بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي تزوجها عتيبة ابن أبي لهب بن عبد المطلب قبل النبوة فلما بعث رسول اللَّه ﷺ وأنزل اللَّه ﴿ تَبَّتْ يَدَآ أَبِى لَهَبٍ ﴾ قال له أبوه أبو لهب : رأسي من رأسك حرام إن لم تطلق ابنته ففارقها ولم يكن دخل بها ، فلم تزل بمكة مع رسول اللَّه وأسلمت حين أسلمت أمها وبايعت رسول اللَّه مع أخواتها حين بايعه النساء وهاجرت إلى المدينة حين هاجر رسول اللَّه وخرجت مع عيال رسول اللَّه ﷺ إلى المدينة فلم تزل بها فلما توفيت رقية بنت رسول اللَّه ﷺ خلف عثمان بن عفان على أم كلثوم بنت رسول اللَّه وكانت بِكْرًا وذلك في شهر ربيع الأول سنة ثلاث من الهجرة وأدخلت عليه في هذه السنة في جمادى الآخرة فلم تزل عنده إلى أن ماتت ولم تلد له شيئًا وماتت في شعبان سنة تسع من الهجرة ؛ فقال رسول اللَّه لو كن عشرًا لزوجتهن عثمان » . انظر: الطبقات الكبرى (٣٧/٨) .

سائر العرب أكفاء لقريش .

٤١٦ - والعجم ليسوا بكفءٍ للعرب ، **والأصل في هذا** : قوله عليه الصلاة والسلام : « **قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل** » (١) ؛ وإنما قال في الموالي : « رجل برجل » ؛ لأنهم ضيعوا أنسابهم ، فلا يفتخرون بها، لجهلها عندهم ، وإنما يفتخرون بالإسلام والحرية والحرفة ... إلخ . وإنما سُمِّيَ العجمُ : مواليَ ؛ لأن بلادهم فُتِحت عَنْوة بأيدي العرب ، وكان للعرب استرقاقهم ، فإذا تركوهم فكأنهم أعتقوهم ، والموالي هم المُعْتَقُون .

٤١٧ - **وأفضل الناس نسبًا** : بنو هاشم ، ثم قريش ، ثم سائر العرب ، لما روي عنه عليه الصلاة والسلام : « **إن اللّه اختار من الناس العرب ، ومن العرب قريشًا ، واختار منهم بني هاشم ، واختارني من بني هاشم ولا فخر** » .

٤١٨ - **والقرشيان** : من جَمَعَهُمَا أبٌ هو النضر بن كنانة فمن دونه ، ومن لم يُنْسَبْ إلا لأب فوقه ، فهو عربي غير قرشي . والنضر هو الجد الثاني عشر للنبي عليه الصلاة والسلام ؛ فإنه : سيدنا محمد ، بن عبد اللّه ، بن عبد المطلب ، بن هاشم ، بن عبد مَنَاف ، بن قُصَيٍّ ، بن كِلاَب ، بن مُرَّة ، بن كَعْب ، بن لُؤَيٍّ ، بن غَالِب ، بن فِهْر ، ابن مالك ، بن النَّضْر ، بن كِنَانة ، بن خُزَيْمة ، بن مُدْرِكة ، بن إلياس ، بن مُضَر ، بن نِزَار ، بن مَعَدٍّ ، بن عَدْنَانَ . واقتصر البخاري في نسب رسول اللّه ﷺ على عدنان (٢) .

٤١٩ - **والخلفاء الأربعة رضى اللّه تعالى عنهم كلهم من قريش** ؛ لانتسابهم إلى النضر فمن دونه ، وليس فيهم هاشمي إلا عليٌّ كرم اللّه وجهه ، فإن الجدَّ الأول للنبي صلى اللّه تعالى عليه وسلم جَدُّه ؛ فإنه : علي بن أبي طالب بن عبد المطلب فهو من أولاد هاشم .

٤٢٠ - **وأما أبو بكر الصديق رضى اللّه تعالى عنه** : فإنه يجتمع مع رسول اللّه ﷺ في الجد السادس وهو : مُرَّة ؛ فإنه : عبد اللّه بن عثمان بن عامر بن عمر بن كعب بن سعد بن تَيْمِ بن مُرَّة .

٤٢١ - **وأما عمر بن الخطاب رضى اللّه تعالى عنه** : فإنه يجتمع مع رسول اللّه ﷺ في الجد السابع وهو : كعب ؛ فإنه : عمر بن الخطاب بن نُفَيْل بن عبد العُزَّى بن رِيَاح بن

(١) ينظر : السنن الكبرى للبيهقي (كتاب : النكاح / باب : اعتبار الصنعة في الكفاءة / ١٣٥٤٧) .
(٢) صحيح البخاري (كتاب : المناقب / باب : مبعث النبي ﷺ) .

عبد اللّه بن قُرْط بن رَزَاح بن عَدِي بن كعب . ورِيَاح بكسر الراء وبالياء تحتها نقطتان .

٤٢٢ - **وأما عثمان رضى اللّه تعالى عنه** : فيجتمع مع رسول اللّه صلى اللّه تعالى عليه وسلم في الجد الثالث وهو : عبد مناف ؛ فإنه : عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف .

(مادة ٦٤)

يُعْتَبَرُ الإِسْلاَمُ بِالنَّظَرِ لِلزَّوْجِ وَأَبِيهِ وَجَدِّهِ لاَ غَيْرِ . فَمُسْلِمٌ بِنَفْسِهِ لَيْسَ كُفْأً لِمُسْلِمَةٍ أَبُوهَا مُسْلِمٌ ، وَمَنْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ مُسْلِمٌ لَيْسَ كُفْأً لِمَنْ لَهَا أَبَوَانِ مُسْلِمَانِ ، وَمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فِي الإِسْلاَمِ كُفْءٌ لِمَنْ لَهَا آبَاءٌ (١) .

٤٢٣ - وإسلام الأصول معتبر في العجم . وأما في العرب ؛ فهو غير معتبر ، فمن لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم ، فهو كفءٍ لمن لها آباء في الإسلام ؛ لأن العرب يتفاخرون بالنسب ، فَيَعُدُّون النسب كفْأً لنسب آخر .

وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم ، فمفاخرتهم بالإسلام . فمن كان له أب في الإسلام يفتخر على من لا أب له فيه ، ولا يَعُدُّه كفأً ، وحينئذٍ لا يكون من أسلم بنفسه من العجم كفأً لمن لها أب في الإسلام . ومن له أب واحد في الإسلام ، لا يكون كفأً لمن لها أبوان فيه ، أما من له أبوان في الإسلام فكفء لمن لها آباء فيه ؛ لأن أصل

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٩٠/١) : « من أسلم بنفسه وليس له أب في الإسلام ، لا يكون كفأً لمن له أب واحد في الإسلام . ومن له أب واحد في الإسلام ، لا يكون كفأً لمن له أبوان فصاعدًا في الإسلام . والذي أسلم بنفسه ، لا يكون كفئاً للتي لها أبوان أو ثلاثة في الإسلام ، ويكون كفأً لمثله . هذا إذا كان في موضع قد تباعد عهد الإسلام وطال ، وأما إذا كان العهد قريبًا بحيث لا يعيَّر ولا يكون ذلك عيبًا ؛ فإنه يكون كفأً . ومن له أبوان في الإسلام ، كان كفأً لامرأة لها ثلاثة آباء في الإسلام أو أكثر . رجل ارتد - والعياذ باللّه - ثم أسلم ، فهو كفء لمن لم تجْرِ عليه ردة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٣٨/٣) : « (ولا يكافئ من أسلم أو أسلم أحد آبائه الأقربين أعرق) أي : أقدم (منه في الإسلام) فمن أسلم بنفسه ليس كفأً لمن لها أب أو أكثر في الإسلام ، ومن له أبوان في الإسلام ليس كفأً لمن لها ثلاثة آباء فيه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني(٣٠/٧) : « من أسلم أو عتق من العبيد ، فهو كفءٍ لمن له أبوان في الإسلام والحرية » .

التعريف بالأب وتمامه بالجد ، فلا يشترط أكثر من ذلك ؛ فتبين من هذا : أن الإسلام معتبر في حق العرب بالنسبة إلى الزوج وحده لا إلى أبيه وجده ، وفي حق العجم بالنسبة للزوج وأبيه وجده .

٤٢٤ - والحرية نظير الإسلام فيما ذكرنا بالنسبة للعجم ، وأما بالنسبة للعرب ؛ فهي لازمة لهم ؛ لأنه لا يجوز استرقاقهم ، ولا يَعُدُّ أن يكون من أسلم بنفسه كفأً لمن أُعْتِقَ بنفسه ، ولا يكون مُعْتَقُ الوضيع كفأً لمُعْتَقَةِ الشريف .

(مادة ٦٥)

شَرَفُ الْعِلْمِ فَوْقَ شَرَفِ النَّسَبِ ، فَغَيْرُ الْعَرَبِيّ الْعَالِمِ كُفْءٌ لِلْعَرَبِيَّةِ وَلَوْ كَانَتْ قُرَشِيَّةً ، وَالْعَالِمُ الْفَقِيرُ كُفْءٌ لِبِنْتِ الْغَنِيِّ الْجَاهِلِ (١) .

* * *

٤٢٥ - فالعجمي لا يكون كُفأً للعربية ولو كان ذا جاهٍ ، بأن كان سلطانًا أو عالمًا . وقال البعض : إن كان الحسب والجاه آتيين من جهة السُلْطة ؛ فلا يكون كفأً لها ، وإن كان من جهة العلم ، كان كُفأً ؛ لأن شرف العلم فوق شرف النسب .

ولذا قيل : إن عائشة أفضل من فاطمة رضي اللّه تعالى عنهما ؛ لكثرة علمها ، وفوق شرف المال أيضًا ؛ ولذا يكون العالم الفقير كُفأً لبنت الغني الجاهل (٢) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢/ ١١) : « شرف العلم فوق شرف النسب ، حتى إن العالم العجمي كفء للعربي الجاهل ، والعالم الفقير كفء للغني الجاهل » . انظر : فتح القدير (٣/ ٢٩٧) ، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (١/ ٣٤٠) ، البحر الرائق (٣/ ١٤٠) ، ومجمع الأنهر (١/ ٣٤٠) ، والدر المختار (٣/ ٩٢ ، ٩٣) .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : الفصل الرابع :

الكفاءة .

شروط الكفاءة .

المادة (٢٠) : يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كُفؤًا للمرأة في المال وهي أن يكون الزوج قادرًا على المهر المعجل ونفقة الزوجة وتراعَى الكفاءة عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج .

(مادة ٦٦)

لَا عِبْرَةَ بِكَثْرَةِ الْمَالِ فِي النِّكَاحِ ، فَمَنْ قَدَرَ عَلَى الْمَهْرِ الْمُتَعَارَفِ تَعْجِيلُهُ وَنَفَقَةِ شَهْرٍ إِنْ كَانَ غَيْرَ مُحْتَرِفٍ ، أَوْ قَدَرَ عَلَى كِفَايَةِ الْمَرْأَةِ بِتَكَسُّبِهِ كُلَّ يَوْمٍ إِنْ كَانَ مُحْتَرِفًا ، فَهُوَ كُفْءٌ لَهَا ، وَلَوْ كَانَتْ ذَاتَ أَمْوَالٍ جَسِيمَةٍ وَثَرْوَةٍ عَظِيمَةٍ (١) .

٤٢٦ - **وأما الكفاءة في المال** : فقال بعضهم : لا بد من التساوي فيه . وعلى هذا لو تزوج رجل ثروته خمسةُ آلافِ درهم بامرأة لها عشرةُ آلافِ ولها أخ لا يرضى بذلك ، فله حق الاعتراض ؛ لأن الكفاءة غيرُ موجودة من جهة الزوج . فالفائقة في اليَسَار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة ؛ لأن الناس يتفاخرون بالغنى ، ويتعيرون بالفقر .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٣٠/٢) : « تعتبر الكفاءة في المال أيضًا ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « **الحسب المال** » ؛ ولأنه يقع به التفاخر . وهو أن يكون مالكًا للمهر والنفقة . والمراد بالمهر : المهر المعجل ، وهو ما تعارفوا تعجيله ، ولا يعتبر الباقي ولو كان حالًا . وبالنفقة : أن يكتسب كل يوم قدر النفقة وقدر ما يحتاج إليه من الكسوة ، ولا يعتبر أن يكون مساويًا لها في الغنى هو الصحيح . **وعن أبي حنيفة ومحمد في غير رواية الأصول** : أن من ملكهما لا يكون كُفأً للفائقة ، وليس بشيء . وقيل : إن كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كفأً ، وإن لم يملك إلا النفقة ؛ لأن الخلل ينجبر به » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٨٣/٧) : « (والأصح أن اليسار) عُرفًا (لا يعتبر) في بَدْوٍ ولا حَضَرٍ ولا عرب ولا عجم ؛ لأن المال ظِلٌّ زائل وحال حائل وطَوْد مائل ، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٠٧/٢) : « قلت : أرأيتَ إن كان كُفأً في الدين ، ولم يكن كفأً في المال ، فرضيت به ، وأبى الولي أن يرضَى ، أيزوجها منه السلطان أم لا ، قال : لم أسمع منه في ذلك شيئًا ، إلا أني سألتُ مالكًا عن نكاح الموالي في العرب ، فقال : لا بأس بذلك ، ألا ترى إلى ما في كتاب الله تبارك وتعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓا۟ ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٩/٧) : « **فأما اليسار ففيه روايتان** ، **إحداهما** : هو شرط في الكفاءة ؛ لقول النبي ﷺ : « **الحسب المال** » . وقال : « **إن أحساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال** » . وقال لفاطمة بنت قيس ، حين أخبرته أن معاوية خطبها - : « **أما معاوية فصعلوك لا مال له** » ؛ ولأن على المؤسرة ضررًا في إعسار زوجها ؛ لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ، ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة ، فكذلك إذا كان مُقارنًا ؛ ولأن ذلك معدود نقصًا في عُرف الناس ، يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ . **والرواية الثانية** : ليس بشرط ؛ لأن الفقر شرف في الدين ، وقد قال النبي ﷺ : « **اللهم أحيني مسكينًا ، وأمتني مسكينًا** » ؛ وليس هو أمرًا لازمًا ، فأشبه العافية من المرض . واليسار المعتبر : ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يَجب لها ، ويمكنه أداء مهرها » .

٤٢٧ - **وقال أبو يوسف** : لا يعتبر ؛ لأنه لا ثبات له ؛ إذ المال غادٍ ورائحٌ . وهو المعول عليه . وحينئذٍ يكون معنى الكفاءة في المال : أن يكون الزوج مالكًا للمهر والنفقة ، حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما ، لا يكون كُفأً ؛ لأن المهر بَدَلُ البُضْع ، فلا بد من إيفائه . وبالنفقة قَوَام الازدواج ودوامه ، فلا بد منها أيضًا .

٤٢٨ - **والمراد بالمهر** : قَدْرُ ما تعارفوا تعجيله ؛ لأن ما وراءه مُؤَجَّلٌ عرفًا .

٤٢٩ - **والمراد بملكه النفقةَ** : أن يكون مالكًا لنفقة شهر إن كان غير محترف ، أو يَتَكَسَّبُ كلَّ يوم ما يكفيه إن كان مُحترفًا .

٤٣٠ - ومتى وجد هذان الأمران عند الزوج ، فهو كفء ، ولو كانت المرأة ذات أموال جسيمة وثروة عظيمة . ويعد الزوج قادرًا على المهر بيسار أبيه وأمه وجَدِّه وجدته ، ولا يعد قادرًا على النفقة بيسار الأب ؛ لأن الآباء في العادات يتحملون المهر عن الأولاد ، ولا يتحملون النفقة الدائرة (١) . فلو كانت العادة أنهم يتحملونها عنهم أيضًا ، عُدَّ قادرًا بذلك (٢) .

(مادة ٦٧)

لاَ يَكُونُ الْفَاسِقُ كُفأً لِصَالِحَةٍ بِنْتِ صَالِحٍ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ كُفأً لِفَاسِقَةٍ بِنْتِ فَاسِقٍ ، أَوْ بِنْتِ صَالِحٍ (٣) .

---

(١) ينظر : العناية شرح الهداية (٣/٣٠٠ ، ٣٠١) .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٣٨) إذا ادعى الرجل الكفاءة ثم تبين أنه غير كفؤ كان لكل من الزوجة أو وليها حق طلب الفسخ .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٢٩٠) : « تعتبر الكفاءة في الديانة ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وهو الصحيح ، فلا يكون الفاسق كفأً للصالحة ، سواء كان مُعلن الفسق أو لم يكن . وذكر السرخسي أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة ؛ كذا في السراج الوهاج : رجل زَوَّج ابنته الصغيرة من رجل على ظَنٍّ أنه صالح لا يشرب الخمر ، فوجده الأب شريبًا مُدمِنًا ، وكبرت الابنة فقالت : لا أرضَى بالنكاح إن لم يعرف أبوها بشرب الخمر وغلبة أهل بيته الصالحون فالنكاح باطل ، أي : يبطل . وهذه المسألة بالاتفاق . كذا في الذخيرة . وإنما الخلاف بين أبي حنيفة رحمه الله تعالى وصاحبيه فيما إذا زوجها من رجل عُرفه غيرَ كفءٍ ، فعند أبي حنيفة رحمه الله يجوز ؛ لأن الأب كامل الشفقة وافر الرأي ، فالظاهر أنه تأمل غاية التأمل ، ووجد غير الكفء أصلح من الكفء ، ثم =

٤٣١ - **وأما الديانة** : فالغرض منها التقوى ، والزهد ، والصلاح . واعتبار التقوى في الكفاءة قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو الصحيح ؛ لأنها من أعلى المفاخر . والمرأة تُعَيَّرُ بفسق الزوج فوق ما تُعَيَّرُ بِضَعةِ نَسَبِهِ . فلما كان النسب معتبرًا ، كانت الديانة أولى .

وقال محمد : لا تعتبر ؛ لأنها من الأمور الأخرى [(١)] ، فلا تُبنَى أحكام الدنيا عليها ، إلا إذا كان يُصْفَعُ ويُسْخَرُ منه أو يُخْرَجُ إلى الأسواق سكرانَ ويلعب به الصِّبْيَانُ .

= الكفاءة تعتبر عند ابتداء النكاح ولا يعتبر استمرارها بعد ذلك ، حتى لو تزوجها وهو كفء ثم صار فاجرًا داعرًا ، لا يفسخ النكاح » .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٦/٢٥٨) : « (فليس فاسق) ولو ذميًا فاسقًا في دينه كما صرح به ابن الرفعة ، أو مبتدعٌ ولا ابنُ أحدهما وإن سفل (كُفء عفيفة) أو سُنّيّة كما نقلاه عن الروياني وأقراه ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًاۚ لَّا يَسْتَوُۥنَ ﴾ . وغير الفاسق ولو مستورًا كفء لهما ، وغير مشهورٍ بالصلاح كفء للمشهورة به ، وفاسق كفء لفاسقة مطلقًا ، إلا إن زاد فسقه أو اختلف نوعهما كما بحثه الإسنوي ، ومنازعة الزركشي مردودة بظهور الفرق . ويُجرى ذلك في كل مبتدع ومبتدعة » .

قول المالكية : جاء في : « والمعتبر فيها ، أي : الكفاءة - على ما ذكر المصنف أمران : (الدين) أي : التدين ، أي : كونه ذا دين ، أي : غير فاسق . لا بمعنى الإسلام ؛ لقوله : (ولها وللولي تركها) ؛ إذ ليس لهما تركه وتأخذ كافرًا إجماعًا » ، وجاء في الشرح الصغير (٢/٤٠٠ ، ٤٠١) : « (ولها) أي : للزوجة (وللولي تركها) أي : الكفاءة ، والرضا بعدمها والتزويج بفاسق أو معيوب أو عبد . فإن لم يرضيا معًا ، فالقول لمن امتنع منهما ، وعلى الحاكم منع من رضي منهما . وليس للأب جبر البكر على فاسق أو ذي عيب ، فإن تزوجها الفاسق أو ذو العيب أو العبد ، فلها وللولي الرد والفسخ . وقيل : إن تزويج الفاسق غير صحيح ويتعين فسخه ورجحه جماعة » .

قول الحنابلة : جاء في مطالب أولي النهى (٥/٨٤ ، ٨٥) : « (لا تزوج عفيفة) عن الزنى (بفاجر) أي : بفاسق ، بقول أو فعل أو اعتقاد . **قال أحمد في رواية أبي بكر** : لا يزوج بنته من حروري قد مرق من الدين ، ولا من الرافضي ، ولا من القدري ، فإن كان لا يدعو فلا بأس . **قال القاضي** : المبتدع إن حكمنا بكفره ، فنكاحه باطل كالمرتد ، وإن حكمنا بفسقه ، فنكاحه باطل لعدم الكفاءة ، وإن لم نحكم بكفره ولا فسقه وهو إذا كان مقلدًا لا يدعو إلى ذلك ، صح النكاح . انتهى (و) لا تزوج امرأة (عدلٍ بفاسق) كشارب الخمر ؛ لأنه ليس بكفء ، سكر منها أو لم يسكر . وكذلك من سكر من خمر أو غيرها من المسكر ، لم يكن كفأ .

قال الكرماني : قلت لإسحاق في الرجل يزوج ابنته وأخته ممن يشرب الخمر . قال : لا ، هذا فاسق ، فإذا زوج كريمته من فاسق ، فقد قطع رحمه ؛ ولأن من اتصف بشيء مما ذُكِر ، مردود الشهادة والرواية ، وذلك نقص في إنسانيته ، فليس كفء لعدل » .

(١) المراد : أن الديانة من الأمور الأُخروية التي لا تتعلق بها أحكام في الدنيا ؛ لأنها من الأمور الخفية غير المتيقنة التي لا يعلم حقيقتها إلا الله .

فلا يكون الفاسق كفأً لصالحة بنت صالح ، سواء كان مُعلِنًا بالفسق أم لا ؛ وإنما يكون كفأً لفاسقة بنت فاسق ، أو فاسقة بنت صالح (١) .

(مادة ٦٨)

تُعْتَبَرُ الْكَفَاءة حِرْفَةً فِي غَيْرِ الْعَرَبِ ، وَفِيمَنْ يَحْتَرِفُ بِنَفْسِهِ مِنَ الْعَرَبِ . فَإِذَا تَقَارَبَتِ الْحِرَفُ ، فَلاَ يُعْتَبَرُ التَّفَاوُتُ فِيهَا ، وَتَثْبُتُ الْكَفَاءة . وَإِذَا تَبَاعَدَتْ ، فَصَاحِبُ الْحِرْفَةِ الدَّنِيئَةِ لاَ يَكُونُ كُفأً لِبِنْتِ صَاحِبِ الْحِرْفَةِ الشَّرِيفَةِ ، وَالْعِبْرَةُ فِي ذَلِكَ بِعُرْفِ أَهْلِ الْبَلَدِ فِي شَرَفِ الْحِرَفِ وَخِسَّتِهَا (٢) .

* * *

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٨) : العبرة في الكفاءة لعرف البلد .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٩١/١ ، ٢٩٢) : « في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله : لا تعتبر الحرفة ، ويكون البَيْطار كُفأً للعطار . وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله : صاحب الحرفة الدنيئة كالبَيْطار ، والحجام ، والحائك ، والكَنَّاس ، والدَّباغ ، لا يكون كفأً للعطار ، والبزاز ، والصراف . هو الصحيح ؛ كذا في فتاوى قاضي خان ، وكذا الحلاق لا يكون كفأً لهم هكذا في السراج الوهاج . والمروي عن أبي يوسف رحمه الله أن الحرف متى تقاربت لا يعتبر التفاوت ، وتثبت الكفاءة ، فالحائك يكون كفأً للحجام ، والدباغ يكون كفأً للكَنَّاس ، والصفار يكون كفأً للحداد ، والعطار يكون كفأً للبزاز . قال شمس الأئمة الحلواني : وعليه الفتوى كذا في المحيط . والجمال لا يُعَدُّ في الكفاءة كذا في فتاوى قاضي خان . قال صاحب الكتاب : النصيحة أن يراعي الأولياء المجانسة في الحسن والجمال كذا في التتارخانية ناقلًا عن الحجة » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٧٥/٤) : « (فصاحب حرفة دنيئة) وضبطها الإمام بما دلت ملابستها على انحطاط المروءة وسقوط النفس ، كملابسة القاذورات (ليس كفء أرفع منه) واستدل لذلك بقوله تعالى : ﴿ وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ فِي ٱلرِّزْقِ ﴾ . أي : في سببه ، فبعضهم يصل إليه بعز وراحة ، وبعضهم بذل ومشقة . وبقوله تعالى : ﴿ قَالُوٓاْ أَنُؤْمِنُ لَكَ وَٱتَّبَعَكَ ٱلْأَرْذَلُونَ ﴾ . قال المفسرون : كانوا حاكة ، ولم ينكر عليهم هذه التسمية (فكناس ، وحجام ، وحارس ، وراع ، وقيم الحمام) ونحوهم : كحائك (ليس كفء بنت خياط) والظاهر أن هؤلاء أكفاء لبعضهم بعضًا ، ولم أَرَ من تعرض لذلك (ولا خياط بنت تاجر أو) بنت (بزاز) والظاهر أن كلًّا منهما كفء للآخر ، ولم أَرَ أيضًا من ذكره (ولا هما) أي : التاجر والبزاز (بنت عالم و) بنت (قاض) نظرًا للعُرف في ذلك . وصرح به ابن أبي هريرة بأن من أبوها بزاز أو عطار لا يكافئها من أبوه حجام أو بيْطار أو دباغ .

قال الأذرعي : وإذا نظرت إلى حرفة الأب فقياسه النظر إلى حرفة الأم أيضًا ، فإن ابن المغنية أو الحمامية ونحوها ينبغي ألا يكون كفأً لمن ليست أمها كذلك ؛ لأنه نقص في العُرف وعار . ا هـ . والأوجه عدم النظر=

٤٣٢ - **وأما الحِرْفة** : فعند أبي حنيفة : أن الكفاءة لا تعتبر فيها أصلًا ؛ لأنها ليست بلازمة ، ويمكن التحوُّلُ إلى أنفسَ منها . وعن أبي يوسف مثله ، إلا أن تَفْحُشَ ، كالحائك والحجام والدَّبَّاغ والكنَّاس . ولكن المعول عليه اعتبارها ؛ لأن الناس يتفاخرون بشرف الحِرَف ، ويَتَعَيَّرُون بدناءتها . وهي وإن أمكن تركها ، يبقى عارها ، وحينئذٍ يكون المدار فيها على التفاخر والتعيُّر ؛ ولذلك كانت معتبرة في العجم ؛ لأن افتخارهم بها لا بالنسب ، بخلاف العرب فإن افتخارهم به لا بها . إلا إذا كان العربي محترفًا بنفسه بحرفة دنيئة ، فإنها تعتبر ؛ فصاحب الحرفة الدنيئة لا يكون كفأً لبنت صاحب الحرفة الشريفة ، ولا يمكن في هذا المقام حصرُ الحِرَف وبيانُ الشريفةِ والخسيسةِ لكثرتها وتشعُّبها .

فإن اتفقت الحرف ، فالأمر ظاهر . وإن اختلفت ولكنها متقاربة ، كالحائك والحَجَّام ، فلا يعتبر التفاوت ، وتثبت الكفاءة ، فالحائك يكون كفأً للدباغ ، والدباغ يكون كفأً للكَنَّاس ، والصفار يكون كفأً للحداد . وهؤلاء ليسوا كفأً لبنت العطار والجوهري ، والعطار يكون كفأً للبزاز [١] . وحينئذٍ فيترك الحكم فيها إلى العرف ؛ لأن بعض البلاد يَعُدُّ بعض الحِرَف شريفة في حالة عَدِّ البعض لها دنيئة ، فكلٌّ بحسب عُرْفه .

وَالْعُرْفُ فِي الشَّرْعِ لَهُ اعْتِبَارُ   لِذَا عَلَيْهِ الْحُكْمُ قَدْ يُدَارُ [٢]

= إلى الأم . قال في الروضة : وذكر في الحلية أنه تراعى العادة في الحِرَف والصنائع ؛ فإن الزراعة في بعض البلاد أولى من التجارة ، وفي بعضها بالعكس . ا هـ . وذكر في البحر نحوه أيضًا وجزم به الماوردي » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢/٢٥٠) : « (والمولى) أي : العتيق (وغير الشريف) أي : الدنيء في نفسه كالمسلماني ، أو في حرفته كحمار وزبال (والأقل جاهًا) أي : قدرًا أو منصبًا (كفء) للحرة أصالة والشريفة وذات الجاه أكثر منه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٩) : « فأما الصناعة : ففيها روايتان ، إحداهما : أنها شرط ، فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة ، كالحائك ، والحجام ، والحارس ، والكساح ، والدباغ ، والقيم ، والحمامي ، والزَّبال ، فليس بكفء لبنات ذوي المروءات أو أصحاب الصنائع الجليلة ، كالتجارة والبناية ؛ لأن ذلك نقص في عُرف الناس ، فأشبه نقص النسب . وقد جاء في الحديث : « العرب بعضهم لبعض أكفاء ، إلا حائكًا ، أو حجامًا » . قيل لأحمد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ، قال : العمل عليه . يعني أنه ورد موافقًا لأهل العُرف . وروي أن ذلك ليس بنقص ، ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة ؛ لأن ذلك ليس بنقص في الدين ، ولا هو لازم ، فأشبه الضعف والمرض » .

(١) البزاز : بائع البَزِّ ، وهي : الثياب . ينظر : لسان العرب مادة (بزز) .

(٢) هذا بيت من منظومة « رسم المفتي » لابن عابدين . ينظر : رد المحتار (٣/١٤٧) .

واقتصارهم على الأشياء الستة المتقدمة يفيد إنه لا يعتبر غيرها في الكفاءة ، فلا عبرة بالجمال ولا العقل ، فالمجنون كفء للعاقلة وفيه خلاف بين المشايخ .

ولا عبرة بالبلد أيضًا ، فالقروي كفء للمدني ، وعلى هذا يكون التاجر في القرى كفأً لبنت التاجر في مِصْرٍ للتقارب .

ولا بالسن أيضًا ، فإذا زوج أخته الصغيرة لرجلٍ طاعنٍ في السن ، صَحَّ العقد وهكذا .

ومع كلٍّ ما تقدَّم فالأحسن للأولياء أن يراعُوا الأشياء المتناسبة بين الزوجين ، كي تحصل الألفة والمحبة بينهما ، بخلاف ما إذا لم تُرَاعَ ، فَيَنْجُمُ من الضرر ما لا تُحْمَدُ عُقْبَاهُ [١] .

(مادة ٦٩)

إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيُّ مُوَلِّيَتَهُ الْكَبِيرَةَ بِرِضَاهَا جَاهِلًا قَبْلَ الْعَقْدِ كَفَاءَةَ الزَّوْجِ لَهَا ، ثُمَّ عَلِمَ بَعْدَهُ أَنَّهُ غَيْرُ كُفْءٍ لَهَا ، فَلَيْسَ لَهُ خِيَارُ فَسْخِ النِّكَاحِ وَلاَ لَهَا ، مَا لَمْ يَكُنِ اشْتَرَطَ الْكَفَاءةَ عَلَى الزَّوْجِ ، أَوْ أَخْبَرَهُ الزَّوْجُ أَنَّهُ كُفْءٌ ، فَإِذَا هُوَ غَيْرُ كُفْءٍ ، فَلَهَا وَلِوَلِيِّهَا الْخِيَارُ فِي الصُّورَتَيْنِ [٢] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٣٢) : إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفؤ كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : عدم العلم بالكفاءة : المادة (٢١) : إذا زوج الولي البِكْر أو الثيِّب برضاها لرجل لا يعلمان كلاهما كفاءته ثم تبين أنه غير كفؤ فلا يبقى لأحد منهما حق الاعتراض ، أما إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفؤ فلكل من الزوجة والولي مراجعة القاضي لفسخ الزواج ، أما إذا كان كُفؤًا حين الخصومة فلا يحق لأحد طلب الفسخ .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (١٣٧/٣) : « المرأة إذا زوجت نفسها من رجل ولم تشترط الكفاءة ولم تعلم أنه كُفء أم لا ، ثم علمت أنه غير كفء ؛ لا خيار لها . وكذلك الأولياء لو زوجوها برضاها ، ولم يعلموا بعدم الكفاءة ، ثم علموا ، لا خيار لهم . وهذه مسألة عجيبة . أما إذا شرطوا ، فأخبرهم بالكفاءة ، فزوجوها على ذلك ، ثم ظهر أنه غير كُفء ، كان لهم الخيار ؛ لأنه إذا لم يشترط الكفاءة ، كان عدم الرضا بعدم الكفاءة من الولي ومنها ثابتًا من وجه دون وجه لما ذكرنا أن حال الزوج محتمل بين أن يكون كُفأً ، وبين ألا يكون كفأً . والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة حال عدم الرضا بعدم الكفاءة من كل وجه ، فلا يثبت حال وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه ا هـ .

وفي الظهيرية : ولو انتسب الزوج لها نسبًا غير نسبه ، فإن ظهر دونه وهو ليس بكفء ، فحق الفسخ ثابت للكل . وإن كان كُفأً ، فحق الفسخ لها دون الأولياء . وإن كان ما ظهر فوق ما أخبر ، فلا فسخ لأحد .

٤٣٣ - ومما يترتب على كون الكفاءةِ حقَّ الوليِّ وحقَّ المرأةِ ؛ أنه لو زوجت امرأةٌ نفسَها من رجل ، ولم تشترط الكفاءة ، ولم تعلم أنه كُفء أو غير كُفء ، ثم تبين أنه غير كفء ، فلا خيار لها ؛ لأنها أسقطت حقها في الكفاءة بعدمِ البحثِ والاشتراطِ . ولكن الأولياء لم يَحْصُلْ منهم ذلك ، فلهم الخيار ، أو يكون العقد لاغيًا على حسب الروايتين في مثل هذه المسألة .

٤٣٤ - وكذلك الأولياء لو زوجوها برضاها ، ولم يعلموا بعدم الكفاءة ، ولم يشترطوها ، ولم يخبرهم الزوج بها ، فليس لهم خيار الفسخ ولا لها .

أما إذا اشترطوا ، أو أخبرهم الزوج بالكفاءة ، فزوجوها على ذلك ، ثم ظهر أنه غير كفء ؛ كان لهم الخيار ؛ لأنه إذا لم يشترطوا الكفاءة، ولم يخبرهم الزوج بها ، كان الرضا بعدم الكفاءة من الولي ومنها ثابتًا من وجه دون وجه ؛ لأن حال الزوج مُحْتَمَلٌ بين أن يكون كُفأً وألا يكون . والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة من كلِّ وجهٍ ، فلا يثبت حال وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه .

ولأنه عند عدم الاشتراط يكون التقصير حاصلًا منهم جميعًا بترك البحث مع إمكانه ، فكأنهم راضون به على كلِّ حالٍ ، فلا يثبت لهم حق الفسخ ، بخلاف ما إذا اشترطوا ، فلا يثبت رضاهم إلا إذا كان كُفأً . فإن ظهر غير كُفء ، ثبت لهم حق الفسخ .

٤٣٥ - ولو أخبرها الزوج بنَسب غير نسبه ، فظهر أنه دونه وهو ليس بكفء ، فحق الفسخ ثابت للكل . وإذ كان كفأً ؛ فحق الفسخ ثابت لها لا للأولياء . وإن كان ما ظهر فوق ما أخبر به ، فلا فسخ لأحد .

٤٣٦ - وعن أبي يوسف : أن لها الفسخَ ؛ لأنها عسى أن تعجز عن القيام معه .

٤٣٧ - وإذا تزوجها على أنه فلان ابن فلان فإذا هو أخوه أو عمُّهُ ؛ فلها الخيار . وهذا في غاية الظهور [1] .

= وعن أبي يوسف : أن لها الفسخ ؛ لأنها عسى تعجز عن المقام معه . ا هـ . وفي الذخيرة : إذا تزوج امرأة على أنه فلان ابن فلان ، فإذا هو أخوه أو عمه ، فلها الخيار . ا هـ » .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٥٤) : ١ - لا حد لأقل المهر ولا لأكثره .

٢ - كل ما صح التزامه شرعًا صلح أن يكون مهرًا .

٣ - يعتبر مهر المرأة دينًا ممتازًا يأتي في الترتيب بعد دين النفقة المستحقة المشار إليه في المادة (١١٢٠) من =

= القانون المدني .

٤ - لمن يدعي التواطؤ أو الصورية في المهر المسمى إثبات ذلك أصولًا ؛ فإذا ثبت أحدهما حدد القاضي مهر المثل ما لم يثبت المهر المسمّى الحقيقي .

٥ - يعتبر كل دين يرد في وثائق الزواج أو الطلاق من الديون الثابتة بالكتابة ومشمولًا بالفقرة الأولى من المادة (٤٦٨) من قانون أصول المحاكمات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) لعام (١٩٥٢م) ولا يعتبر المهر المؤجل مُستحق الأداء إلا بانقضاء العدة وفق ما يقرره القاضي في الوثيقة .

وجاء في **قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٤١) المهر هو : ما يبذله الزوج من مال بقصد الزواج . المادة (٤٢) كل ما صح التزامه شرعًا صلح أن يكون مهرًا .

الباب السابع
في المهر

الفصل الأول
في بيان مقدار المهر وما يصلح تسميته مهرًا وما لا يصلح

(مادة ٧٠)

أَقَلُّ الْمَهْرِ عَشْرَةُ دَرَاهِمَ فِضةٍ ، وَزْنُ سَبْعَةِ مَثَاقِيلَ مَضْرُوبَةٍ أَوْ غَيْرِ مَضْرُوبَةٍ . وَلاَ حَدَّ لأَكْثَرِهِ ، بَلْ لِلزَّوْجِ أَنْ يُسَمِّيَ لِزَوْجَتِهِ مَهْرًا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ مَيْسَرَتِهِ (١) .

* * *

٤٣٨ - **المهر** : هو المال الذي يجب بالزواج في مقابلة منافع البُضْع ، إما بالتسمية ، وإما بالعقد . وله أسماء : المهر ، والصَّدَاق ، والنِّحْلَة ، والأجر، والفريضة ، والعُقْر .

٤٣٩ - والعقد يصح وإن لم يُسَمَّ فيه مهرٌ ، أو نُفِي بأن تزوجها بشرط أن لا مهر لها(٢) ؛ لأن النكاح لغة : عقد انضمامٍ وازدواجٍ ، فيتم بالزوجين .

٤٤٠ - وهو واجب شرعًا ؛ لإظهار شَرَف المَحَلِّ لا لصحة النكاح .

٤٤١ - **والدليل على أن عقد الزواج يَصِحُّ وإن لم يُسَمَّ مهرٌ في العقد** : قوله تعالى :

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (١٠١/٣ ، ١٠٢) : « (أقله عشرة دراهم) لحديث البيهقي وغيره : « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ، ورواية الأقل تحمل على المعجل (فضة وزن سبعة) مثاقيل كما في الزكاة (مضروبة كانت أو لا) ولو دَيْنًا أو عَرَضًا قيمته عشرة وقت العقد » .

قول الشافعية : جاء في الإقناع (٤٤٤/٣) : « (وليس لأقل الصداق ولا لأكثره حد) بل ضابطه : كل ما صح كونه مبيعًا عوضًا أو معوضًا ، صح كونه صَداقًا ، وما لا فلا » .

قول المالكية : جاء في كفاية الطالب الرباني (٤١/٢) : « (وأقل الصداق) أي : أقل ما يصح به العقد ، إما (ربع دينار) من الذهب الخالص ، وهو وزن ثمان عشرة حبة من الشعير الوسط ، وإما ثلاثة دراهم من خالص الفضة ، كل درهم خمسون حبّة وخمسا حبة ، ولا حد لأكثره اتفاقًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴾ » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦١/٧) : « الصَّداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره ؛ بل كل ما كان مالًا ، جاز أن يكون صَداقًا » .

(٢) ينظر مادة (١١) وشرحها .

﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ (١) . حَكَمَ بصحة الطلاق مع عدم التسمية ، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح ، فعُلِم أن ترك ذِكْرِهِ لا يمنع صحة النكاح .

٤٤٢ – **وأقل المهر شرعًا** : عشرة دراهم فضة . وتكون هذه العشرة وَزْنَ سبعةِ مثاقيلَ ، سواءٌ كانت مضروبة أو غير مضروبة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا مهرَ أقلُّ من عشرة دراهم** » (٢) . وعن سيدنا علي كرم اللَّه وجهه : أقل ما تُسْتَحَلُّ به المرأة عشرة دراهم ؛ ولأنه حقُّ الشرع من حيث وجوبُهُ عملًا بقوله تعالى : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ (٣) ؛ وكان ذلك لإظهار شرف المحل ، فَيَتَقَدَّرُ بما له شأنٌ وهو العشرة استدلالًا بنصاب السرقة ؛ لأنه يُتْلَفُ به عضوٌ محترمٌ ؛ فلأن تُمْلَكُ به منافع البُضْع من باب أَوْلى .

ولا يشترط أن تكون الدراهم مسكوكة ، فلو سمى عَشَرة تِبْرًا أو عَرَضًا قيمته عَشَرة تبرًا لا مضروبة ، صح .

٤٤٣ – **وقال الإمام مالك** : أقل المهر ربع دينار . **وقال الإمام الشافعي والإمام أحمد** : ما يجوز أن يكون ثمنًا في البيع ، يجوز تسميته مهرًا ؛ لأن المهر حَقُّها شرعه اللَّه تعالى لها صيانة لبُضْعها عن الابتذال مَجَّانًا ، فيكون التقدير إليها (٤) .

٤٤٤ – ولنا ما تقدم . وكلُّ ما استدلوا به ، كقوله عليه الصلاة والسلام : « **التمس ولو خاتمًا من حَدِيد** » (٥) . محمول على المعجَّل ، حتى يمكن الجمع بين كل الروايات .

٤٤٥ – **والمعتبر في هذه الدراهم العشرة** : أن تكون وَزْنَ سبعةِ مثاقيلَ لا عَشَرة أو ستة أو خمسة ؛ وذلك أن الدراهم المستعملة في زمن سيدنا عمر كانت على ثلاثة أنواع : **النوع الأول** : عشرة دراهم وزن عشرة مثاقيل . **الثاني** : عشرة دراهم وزن ستة مثاقيل . **الثالث** : عشرة دراهم وزن خمسة مثاقيل . فأراد أرباب الأموال إخراج زكاتها على حسب النوع الثالث ، وعُمالُ بيتِ المالِ أرادوا الأخذ حسب الأول . فرُفِع الأمر إلى سيدنا عمر ، فجمع الأنواع الثلاثة ، وأخذ ثلثها وهو سبعة ، فصار المعول عليه من ذاك

---

(١) البقرة : ٢٣٦ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (كتاب : النكاح / باب : ما يجوز أن يكون مهرًا / ١٤١٦٦) .

(٣) الأحزاب : ٥٠ .

(٤) ينظر : العناية شرح الهداية (٣/٣١٧) .

(٥) سبق تخريجه .

الوقت عَشَرة دراهم وَزْنُ سبعة مثاقيل في كل المُقَدَّرات الشرعية .

٤٤٦ - ولا يقبل من الزوجين تسميةٌ أقلُّ من هذا المقدار . فإن سَمَّيَا أقلَّ منها ؛ كُمِّلَتْ العشرة ، مراعاة لحق الشرع . وإن سَمَّيَا أكثر منها ، فلا يعارضهما أحد ؛ إذ للزوج أن يسمي لزوجته ما شاء على حسب قُدْرَتِهِ واتفاقِهما .

(مادة ٧١)

كُلُّ مَا كَانَ مُقَوَّمًا بِمَالٍ مِنَ الْعَقَارَاتِ ، وَالعُرُوضِ ، وَالْجَوْهَرَاتِ ، وَالأَنْعَامِ ، وَالْمَكِيلاَتِ ، وَالْمَوْزُونَاتِ ، وَمَنَافِعِ الأَعْيَانِ الَّتِي يُسْتَحَقُّ بِمُقَابَلَتِهَا الْمَالُ ، يَصْلُحُ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا (١) .

* * *

٤٤٧ - ولا يشترط أن يكون المهر من الذهب أو الفضة ، بل ما كان مقوَّمًا بمال يصلح تسميته مهرًا ، سواء كان هذا الشيء من : العقار كقطعة من الأرض أو بيت ، أو من العُروض كقطعة من الحرير أو الصوف مثلًا ، أو من المجوهرات كخاتم من المَاس ،

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٠٢/١) : « المهر إنما يصح بكل ما هو مال متقوم ، والمنافع تصلح مهرًا » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٦٨/٤) : « كل (ما صح) كونه (مبيعًا) عوضًا أو معوضًا عينًا أو دينًا أو منفعة كثيرًا أو قليلًا ما لم ينته في القلة إلى حد لا يتمول (صح) كونه (صَداقًا) وما لا فلا . فإن عقد بما لا يتمول ولا يقابل بمتمول ، فسدت التسمية ، ورجع لمهر المثل . ومَثَّل له الصيمري بالنواة ، والحصاة ، وقشرة البصلة ، وقمع الباذنجانة » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٤٢٨/٢ ، ٤٢٩) : « (والصَّداق كالثمن ، وأقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة أو مقوم بها) أو عَرَض مقوَّم بربع دينار أو ثلاثة دراهم ، أي : قيمته ذلك . ثم بين ما يقوم بهما بقوله : (من كل متموَّل) شرعًا من عرض أو حيوان أو عقار (طاهر) لا نجس ؛ إذ لا يقع به تقويم شرعًا (منتفع به) إذ غيره - كعبد أشرف على الموت - لا يقع به تقويم ، وكآلة لهو ؛ لأن المراد : ما يُنْتَفع به شرعًا ، أي : ما يحل الانتفاع به (مقدور على تسليمه) للزوجة (معلوم) قَدْرًا وصنفًا وأجلًا » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٢٩/٨) : « (ولا يتقدر أقله ولا أكثره ، بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا أو أجرةً ، جاز أن يكون صَداقًا) هذا المذهب وعليه الأصحاب وقطعوا به ، واشترط الخرقي أن يكون له نصف يحصل ، فلا يجوز على فَلْس ونحوه . وتبعه على ذلك ابن عقيل في الفصول والمصنف والشارح . وفسروه بنصفٍ يتحول عادة . قال الزركشي : وليس في كلام الإمام أحمد هذا الشرط ، وكذا كثير من أصحابه ، حتى بالغ ابن عقيل في ضمن كلام له ، فجوز الصَّداق بالحبة والتمرة التي ينتبذ مثلها . قال الزركشي : ولا يعرف ذلك » .

أو من الأنعام كجمل أو حِصَان ، أو المكيلات كعشرين إرْدَبًا من الحِنْطَة ، أو من الموزونات كخمسة قناطيرَ من القطن ، أو منافع الأعيان التي يُسْتَحَقُّ المالُ في مقابَلَتِها كما إذا أعطاها عَرَبَةً لتركبها مدة معينة أو بيتًا لتؤجره وتأخذ الأجرة . ويصح أيضًا أن يكون المهر دَيْنًا ، فلو تزوجها على عَشَرةٍ دين له على فلان ، صحت التسمية ؛ لأن الدين مال ، فإن شاءت أخذته من الزوج ، وإن شاءت مِمَّنْ عليه الدين .

٤٤٨ - فظهر من هذا أنه ليس الغرض عَشَرة دراهم ؛ بل هي أو ما يقوم مقامها ، بأن تكون قيمته مساويةً لها .

٤٤٩ - واختُلف في وقت القيمة : هل هو وقت العقد ، أو وقت القبض ؟ والظاهر الأول ، فلو كانت قيمته يوم العقد عشرة ، وصارت يوم التسليم ثمانية ، فليس لها غيره . ولو كان على عكسه، فلها العرض المسمى ودرهمان . ولا فرق في ذلك بين الملبوس ، والمكِيل ، والموزون ؛ لأن ما جُعِل مهرًا لم يتغير في نفسه ، وإنما التغير في رغبات الناس .

٤٥٠ - ولو تزوجها على ثوب وقيمته يوم العقد عشرة ، فقبضته وقيمته عشرون ، وطلقها قبل الدخول والخلوة والثوب مُسْتَهْلَكٌ ، رُدَّتْ إليه عَشَرة ؛ لأنه إنما دخل في ضمانها بالقبض ، فتعتبر قيمته يوم القبض ، فيعتبر يوم العقد في حق التسمية ، ويوم القبض في حق دخوله في ضمانها .

(مادة ٧٢)

كُلُّ مَا لَيْسَ مُقَوَّمًا بِمَالٍ فِي ذَاتِهِ أَوْ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ ، لاَ يَصْلُحُ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا . وَإِنْ سُمِّيَ ، فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ وَالتَّسْمِيَةُ فَاسِدَةٌ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢/٢٧٦) : « ولنا قوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ . شرط ﷺ أن يكون المهر مالًا ، والحبة والدانق ونحوهما لا يعدان مالًا ، فلا يصلح مهرًا » .
قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤/٣٦٨) : « فإن عقد بما لا يتمول ولا يقابل بمتمول ، فسدت التسمية ، ورجع لمهر المثل . ومَثَّل له الصيمري بالنواة ، والحصاة ، وقشرة البصلة ، وقمع الباذنجانة » .
قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢/٣٠٣) : « (أو) تزوجها بما لا يتمول (كقصاص) وجب له عليها أو على غيرها ، فيفسخ قبل ، ويثبت بعد بصداق المثل » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/١٦٥) : « وما لا يجوز أن يكون ثمنًا في البيع ، كالمحرم ، والمعدوم ، =

٤٥١ - وكل ما ليس مقومًا بمال في ذاته ، أو في حق المسلم ، لا يصح تسميته مهرًا .

٤٥٢ - **فالأول** : كالدم المسفوح ، ولحم الميتة التي ماتت حَتْفَ أنفها .

٤٥٣ - **والثاني** : كالخمر ، والخنزير .

٤٥٤ - فإن كلاً منهما ليس بمال في حق المسلم ، وإن كان مالًا في حق غيره . فإن سَمَّى شيئًا مما ذُكِر ، فلا تؤثر تسميته على العقد ، بل هو صحيح ، والتسمية فاسدة ، فيجب على الزوج مهرُ المثل [1] .

(مادة ٧٣)

يَصِحُّ تَعْجِيلُ الْمَهْرِ كُلِّهِ وَتَأْجِيلُهُ كُلِّهِ إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ أَوْ بَعِيدٍ، وَتَعْجِيلُ بَعْضِهِ وَتَأْجِيلُ الْبَعْضِ الآخَرِ ، عَلَى حَسَبِ عُرْفِ أَهْلِ الْبَلَدِ [2] .

= والمجهول ، وما لا منفعة فيه ، وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه ، وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء ، والسمك في الماء ، وما لا يتمول عادة كحبة حِنطة ، وقشرة جوزة ، لا يجوز أن يكون صَداقًا » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٥٥) : يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلًّا أو بعضًا وعند عدم النص يتبع العُرف .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : تعجيل المهر وتأجيله : المادة (٤٥) : يجوز تعجيل المهر المسمى وتأجيله كله أو بعضه على أن يؤيد ذلك بوثيقة خطيّة وإذا لم يصرح بالتأجيل يعتبر المهر مُعجلًا .

جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٤) أ - يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلًّا أو بعضًا حين العقد .

ب - يجب المهر بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول ، أو الخلوة الصحيحة ، أو الوفاء ويستحق المؤجل منه بالوفاة أو البينونة ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك .

ج - تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر إن كان مسمى ؛ فإن لم يكن مسمى أو كانت التسمية فاسدة حكم لها القاضي بمتعة تقدر وفقًا لحكم المادة (١٢١/ب) من هذا القانون .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣١٨/١) : « لا خلاف لأحد أن تأجيل المهر إلى غاية معلومة نحو شهر أو سنة صحيحٌ . وإن كان لا إلى غاية معلومة ، فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : يصح . وهو الصحيح ؛ وهذا لأن الغاية معلومة في نفسها ، وهو الطلاق أو الموت ، ألا يرى أن تأجيل البعض صحيح ، وإن لم ينصا على غاية معلومة . كذا في المحيط » .

قول الشافعية : جاء شرح المحلي على المنهاج (٢٨٤/٣) : « (ويجوز فرض مؤجل في الأصح) كالمسمى . =

٤٥٥ - ويصح تعجيلُ المهرِ كلِّه وتأجيلُه كلِّه إلى أجلٍ ، سواء كان الأجل قريبًا كعشرة أيام أو عشرين يومًا ، أو بعيدًا كشهر وسنة ، أو أكثر .

٤٥٦ - وكما أنه يصح تعجيل الكل وتأجيل الكل ، يجوز تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر على حسب اتفاق الزوجين ، إن كان هناك اتفاقٌ على ذلك . فإن لم يكن ، يُتَّبَعُ عرف البلد الذي وَقَعَ فيه العقدُ ؛ لأن بعض البلاد يُعَجِّلُ أهلُها النصفَ ويُؤَجِّلُونَ الباقيَ ، والبعضُ الثلثين والثلثَ وهكذا .

٤٥٧ - فلا يلزم دَفْعُ المهر أو بعضِه مُعجَّلًا قبل الدخول .

٤٥٨ - وبعضهم يقول : لا بد من ذلك ؛ لأن سيدنا عليًّا لما تزوج فاطمة بنت رسول اللَّه صلى اللَّه تعالى عليه وسلم وأراد أن يدخل ، منعه ﷺ حتى يعطيَها شيئًا ، فقال : يا رسول اللَّه ، ليس لي شيء. فقال : « أعطها دِرْعَكَ » . فأعطاها دِرْعَه ، ثم دخل بها (١) .

٤٥٩ - لكن المختار جواز الدخول قبل الدفع ، لما روي عن عائشة قالت : أمرني رسول اللَّه صلى اللَّه تعالى عليه وسلم أن أُدْخِل امرأةً على زوجها قبل أن يعطيَها شيئًا (٢) . وحينئذٍ يُحْمَل المنع المذكور على الندب ، أي : يستحب تقديمُ شيءٍ ، إدخالًا للمَسَرَّة عليها وتأليفًا لقلبها (٣) .

= والثاني : لا ، بناء على وجوب مهر المثل ابتداء ، ولا مدخل للتأجيل فيه ، فكذا بدله » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢٩٧/٢) : « (و) جاز تأجيل الصداق أو بعضه (إلى الدخول إن عُلِم) الدخول ، أي : وقته بالعادة عندهم كالنيل ؛ فإن لم يُعْلَم ، فسد قبل الدخول (أو) تأجيله إلى (الميسرة) للزوج فيجوز (إن كان) الزوج (مليًا) كمن عنده سلع يرصد بها الأسواق ، أو له استحقاق في وَقْف ونحوه . فإن لم يكن مليًا ، فكمؤجل بمجهول » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٠/٧) : « ويجوز أن يكون الصَّداق مُعجلًا ومُؤجلًا ، وبعضه مُعجلًا وبعضه مؤجلًا ؛ لأنه عوض في معاوضة ، فجاز ذلك فيه كالثمن » .

(١) سنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئًا / ٢١٢٦) .

(٢) سنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئًا / ٢١٢٨) .

(٣) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٥٣) : يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أسمي عند العقد أم لم يسم أو نفي أصلًا .

الفصل الثاني
في وجوب المهر

(مادة ٧٤)

يَجِبُ لِلزَّوْجَةِ الْمَهْرُ شَرْعًا بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ عَلَيْهَا ، سَوَاءٌ سَمَّى الزَّوْجُ أَوِ الْوَلِيُّ مَهْرًا عِنْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ لَمْ يُسَمِّ ، أَوْ نَفَاهُ أَصْلًا (١) .

* * *

٤٦٠ – اعلم أن المهر يجب على الزوج للزوجة شرعًا بمجرد العقد الصحيح عليها ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وسواء اختلى بها خَلْوة صحيحة أو لم يَخْتَلِ وسواء سمَّى الزوج أو الولي مهرًا عند العقد أو لم يسمِّ أو نفاه أصلًا .

٤٦١ – ولكن هذا الوجوب ليس متأكِّدًا ؛ لأنه على شرف سقوط النصف أو الكل ، فيسقط نصفه بالفرقة التي أتت من قِبَله قبل الدخول ، وكله بالفرقة التي أتت من قِبَلها قبل الدخول .

٤٦٢ – ويتأكد هذا الوجوب بالدخول بها ، أو بالخَلْوة الصحيحة ، أو موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول ، كما ستعرفه – إن شاء اللَّه تعالى – في الفصل الآتي .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٨٧/٢) : « المهر في النكاح الصحيح يجب بالعقد ؛ لأنه إحداث المِلْك ، والمهر يجب بمقابلة إحداث الملك ؛ ولأنه عقد معاوضة ، وهو مُعاوضة البُضْع بالمهر ، فيقتضي وجوب العِوض كالبيع ، سواء كان المهر مفروضًا في العقد أو لم يكن عندنا » .

قول الشافعية : جاء في الأشباه والنظائر (ص ٣٢٢) : « يملك الصَّداق بالعقد ، لا أعلم في ذلك خِلافًا عندنا » .

قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٩٦/٢) : « يجوز النكاح على صَداق المثل ، فيجب بالعقد » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٦١/٨) : « (وتملك المرأة الصَّداق المسمى بالعقد) هذا المذهب ، نص عليه ، وعليه الأصحاب . قال الزركشي : هذا المذهب المعروف المجزوم به عند الأكثرين . انتهى . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع وغيره . وعنه : لا تملك إلا نصفه . ذكره القاضي ومن بعده » .

(مادة ٧٥)

إِذَا سَمَّى الزَّوْجُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ أَوْ دُونَهَا مَهْرًا لامْرَأَتِهِ ، وَجَبَتْ لَهَا الْعَشَرَةُ بِتَمَامِهَا . وَإِنْ سَمَّى أَكْثَرَ مِنْهَا ، وَجَبَ لَهَا مَا سَمَّى بَالِغًا قَدْرُهُ مَا بَلَغَ (١) .

* * *

٤٦٣ - والمهر الذي وجب بمجرد العقد يختلف على حسب الأحوال الآتية :

٤٦٤ - فإن سمَّى الزوج عَشَرة دراهم أو أقل منها مهرًا لامرأته وقت العقد، وجبت لها العَشَرة بتمامها في الصورتين ، أما الأولى فبالاتفاق ؛ لأنهما اتفقا على ما يصلح تسميته مهرًا شرعًا ، وقد رضيت به ، فيجب ، وأما الثانية فخالف فيها زفر وقال : يجب لها مهر المثل ؛ لأن تسميته ما لا يصلح مهرًا كانعدامها ، كما في تسميته الخمرَ والخِنْزِيرَ . ووجهُ قولِ غيرِ زفرَ : أن فساد هذه التسمية لحق الشرع ، فقد صار مقضِيًّا بالعَشَرة ، وأما ما يرجع إلى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ، ولا عبرة بانعدام التسمية ؛ لأنها قد رضيت بالتمليك من غير عِوَض تَكَرُّمًا ، ولم تَرْضَ فيه بالعِوض اليسير، فلا يكون عدم التسمية دليلًا على رضاها بالعشرة ، فلذلك لم تجب العشرة ، وإنما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العَشَرة ؛ فإنه رضًا بها لا محالة .

٤٦٥ - وإن سمَّى أكثر منها ، وجب ما سمَّى بالغًا قَدْرُهُ ما بلغ ؛ إذ للزوج أن يُسَمِّيَ لزوجته ما شاء على حسب مَقْدِرَتِه .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٣/١٠١ ، ١٠٢) : « (أقله عشرة دراهم) لحديث البيهقي وغيره : « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ، ورواية الأقل تحمل على المعجَّل (فضة وزن سبعة) مثاقيل كما في الزكاة (مضروبة كانت أو لا) ولو دينًا أو عرضًا قيمته عشرة وقت العقد ، أما في ضمانها بطلاق قبل الوطء فيوم القبض (وتجب) العَشَرة (إن سماها أو دونها و) يجب (الأكثر منها إن سمَّى) الأكثر » .

قول الشافعية : جاء في الإقناع (٣/٤٤٤) : « (وليس لأقل الصَّداق ولا لأكثره حد) بل ضابطه : كل ما صح كونه مبيعًا عِوضًا أو معوضًا ، صح كونه صَداقًا ، وما لا فلا » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥/١٨٦ ، ١٨٧) : « أقل المهر ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما هو قيمة أحدهما ، وأما أكثره فلا حد له . ومن نكح بأقل من أقله ، أَتَمَّ وإلا فُسِخ إن لم يَبْنِ . وإن دخل ، أَتَمَّهُ جَبْرًا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/١٦١) : « الصَّداق غير مُقدر لا أقله ولا أكثره ، بل كل ما كان مالًا ، جاز أن يكون صداقًا » .

(مادة ٧٦)

إِذَا لَمْ يُسَمِّ الزَّوْجُ أَوْ وَلِيُّهُ مَهْرًا وَقْتَ الْعَقْدِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ . وَكَذَا لَوْ سَمَّى تَسْمِيَةً فَاسِدَةً (١) أَوْ حَيَوَانًا مَجْهُولَ النَّوْعِ أَوْ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا كَذَلِكَ (٢) . أَوْ نَفَى الْمَهْرَ أَصْلًا (٣) ....

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٨٩/٥) : « ولو تزوجها على خمر أو خنزير - وهما مُسلِمان - ، كان لها مهر مثلها عندنا » .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٣٤٢/٦) : « (نكحها) بما لا يملكه كأن نكحها (بخمر أو حرّ أو مغصوب) سواء أصرح بوصفه كما ذكر أم أشار إليه فقط وقد علمه أو جهله (وجب مهر مثل) لفساد التسمية » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٣٨٥/٢) : « (كل ما) أي : نكاح (فسد لصداقه) أي : لخلل فيه ، ككونه لا يملك شرعًا كخمر وخنزير ، أو لكونه لا ينتفع به ، أو غير مقدور على تسليمه ، أو مجهولًا أو نحو ذلك ، فيفسخ قبل البناء فقط ، ويثبت بعده بمهر المثل » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٠/٧) : « وإذا تزوجها على محرم - وهما مُسلمان - ، ثبت النكاح ، وكان لها مهر المثل ، أو نصفه إن كان طلقها قبل الدخول » .

(٢) **قول الحنفية** : وجاء في بدائع الصنائع (٢٨٢/٢) : « فإن كان مجهولًا كالحيوان والدابة والثوب والدار ، بأن تزوج امرأة على حيوان أو دابة أو ثوب أو دار ولم يعين ، لم تصح التسمية ، وللمرأة مهر مثلها بالغًا ما بلغ ؛ لأن جهالة الجنس متفاحشة » .

قول الشافعية : جاء في الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٤٤٥/٣) : « المنفعة المجهولة فلا يصح أن تكون صداقًا ، ولكن يجب مهر المثل » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٣٨٥/٢) : « (كل ما) أي : نكاح (فسد لصَداقه) أي : لخلل فيه ، ككونه لا يملك شرعًا كخمر وخنزير ، أو لكونه لا ينتفع به ، أو غير مقدور على تسليمه ، أو مجهولًا أو نحو ذلك ، فيفسخ قبل البناء فقط ، ويثبت بعده بمهر المثل » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٣٦/٨ ، ٢٣٧) : « (ويشترط أن يكون معلومًا كالثمن ، فإن أصدقها دارًا غير معينة أو دابة ، لم يصح) وهذا المذهب مطلقًا . اختاره أبو بكر وغيره ، وجزم به في الوجيز وغيره ، وقدمه ابن منجا في شرحه ، وهو ظاهر ما قدمه الشارح ، وقال القاضي : يصح مجهولًا ، ما لم تزد جهالته على مهر المثل » .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٣٩/٢) : « وإن لم يسم المهر في العقد أو نفاه ، فلها مهر مثلها إن وَطِئ أو مات عنها ؛ وكذا إذا ماتت هي ؛ لأن الواجب بالعقد في مثله مهر المثل . ولهذا كان لها أن تطالبه به قبل الدخول ، فيتأكد ويتقرر بموت أحدهما أو بالدخول » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٦٤/٢) : « قلت : أرأيتَ لو أن رجلًا تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقًا ، قال : النكاح جائز عند مالك ، ويُفرض لها صَداق مثلها إن دخل بها ، وإن طلقها قبل أن يتراضيا على صَداقٍ =

.... وَيَجِبُ أَيْضًا مَهْرُ الْمِثْلِ فِي الشِّغَارِ (١) ، وَفِي تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ لِلإِمْهَارِ (٢) .

* * *

٤٦٦ – فإذا لم يُسَمِّ الزوجُ إن كان هو المباشِرَ لعقد الزواج بأن كان بالغًا عاقلًا ، أو وليه بأن كان صغيرًا أو مُلْحَقًا به مهرًا وقت العقد ، فالواجب بالعقد هو مهر المثل .

٤٦٧ – ويجب أيضًا مهر المثل إن كان هناك تسميةٌ ولكنها فاسدةٌ ، سواء كان فساد التسمية آتيًا من جهة كون المسمَّى ليس بمال أصلًا ، كلحم الميتة التي ماتت حَتْف أنفها ،

= فلها المتعة ، وإن مات قبل أن يتراضيا على صَداقٍ فلا متعة لها ولا صَداق ، ولها الميراث » .

قول الحنابلة : جاء في (١٨٢/٧) : « وإذا تزوجها بغير صداق ، لم يكن لها عليه إذا طلقها قبل الدخول إلا المتعة » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٤٥/٢) : « يجب مهر المثل لبطلان التسمية في هذه الصور الثلاث : في نكاح الشِّغَار ، وفي التزويج على خدمة الزوج الحر ، وعلى تعليم القرآن » .

قول الشافعية : جاء في الغرر البهية (١٨٧/٤) : « (أو أن يجعلن بُضْعًا) لامرأة (صَداقًا) لأخرى ، وهو نكاح الشِّغَار ، فيفسد النكاحان » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٣٨٥/٢) : « (وجه الشِّغار) يفسخ قبل البناء ، ويثبت بعده بصداق المثل » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (١٣/٢) : « نكاح الشغار منعقد ، والشرط باطل ، ولكل واحدة من المرأتين مهر مثلها ، وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الزوج أخته أو أمه على أن يكون بُضْع كلٍّ واحدة منهما صداق الأخرى . فعندنا يجوز النكاح ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٤٥/٢) : « يجب مهر المثل لبطلان التسمية في هذه الصور الثلاث : في نكاح الشِّغار ، وفي التزويج على خدمة الزوج الحر ، وعلى تعليم القرآن » .

قول الشافعية : جاء في الغرر البهية (١٨٥/٤) : « يوجب مهر المثل (تعذر) لتسليم الصَّداق (كما لو أصدقها تعليمها) بنفسه (القرآن) كله أو بعضه » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٧٧/٣) : « وقوله ﷺ : « قد أنكحتكها بما معك من القرآن » . يحتمل أيضًا وجهين ، أحدهما : وهو الأظهر أن يعلمها ما معه من القرآن أو مقدارًا ما منه ، فيكون ذلك صَداقها ، وهذا إباحة جَعْل منافع الأعيان مهرًا . والوجه الثاني : ما ذهب إليه الشيخ أبو بكر والشيخ أبو محمد أن معناه : زوجتكها بما معك من القرآن . وأن هذا خاصٌّ لذلك الرجل دون غيره من الناس . وهذا التخصيص يحتاج إلى دليل ، والتأويل الأول أظهر من جهة اللفظ والمعنى » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٣/٧) : « فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد في جعله صَداقًا ، فقال في موضع : أكرهه . وقال في موضع : لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على نعلين ، وهذا مذهب الشافعي . قال أبو بكر : في المسألة قولان . يعني : روايتين » .

أو من جهة كونه ليس بمال في حق المسلمين كالخمر والخنزير ، أو من جهة جهالة نوعه وإن كان مالًا في حق الكلِّ ، كبيت أو دار أو حيوان أو دابة أو ثوب ، ولم يُبَيِّن نوعها ؛ لأن الأثواب أجناس شَتَّى كالحيوان والدابة ، فليس البعض أَوْلى من البعض بالإرادة ، فصارت الجهالة فاحشةً ؛ وكذا الحيوان تحته الفرس والحمار والجمل وغيرها . وكذلك الدار فإنها تختلف اختلافًا فاحشًا بالبُلْدان والمحَالِّ والسَّعَة والضيق وكثرة المرافق وقلتها . فتكون هذه الجهالة أفحش من جهالة مهر المثل ، فمهر المثل أَوْلى .

٤٦٨ - ويجب مهر المثل أيضًا إذا نفى الزوج المهر أصلًا ، بأن تزوجها بشرط أن لا مهر لها . وقال الشافعي : لا يجب لها شيء . واستدل بأن المهرَ خالصُ حَقِّهَا ، فتتمكن من نفيه ابتداءً ، كما تتمكن من إسقاطه انتهاءً .

ولنا : أن المهر حق الشرع من حيث الوجوب كما عَرَفْتَ مما تقدم ، وإنما يصير حَقَّهَا في حالة البقاء ، فتملك الإبراء دون النفي ؛ لأن الأصل أن يُلاَقِي التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه .

٤٦٩ - ويجب أيضًا مهر المثل في الشِّغَار ، فإذا زَوَّجَ كلٌّ من الوليين مُوليتَه للآخر على أن يكون بُضْعُ كلٍّ منهما مهرًا للأخرى ، صح العقد ، ووجب لكلٍّ منهما مهرُ مثلها بالعقد كما تقدم لك تفصيله في شرح مادة (١٥) .

٤٧٠ - ويجب أيضًا مهر المثل في تعليم القرآن للإمهار ، يعني : إذا تزوج رجل امرأة وجعل مهرها أن يعلمها شيئًا من القرآن ، فالعقد صحيح ، والتسمية غير صحيحة ، وحينئذٍ يجب عليه مهر المثل .

٤٧١ - وقال الشافعي : التسمية صحيحة ، ويعلمها القَدْرَ المُتَّفَقَ عليه بينهما ؛ لأن ما يَصِحُّ أخذُ العوض في مقابلته بالشرط ، يصح تسميته مهرًا ، وهنا يصح أخذ الأجرة في مقابلة تعليم القرآن ، فيصح تسميته مهرًا .

٤٧٢ - وينبغي أن يكون مذهبنا مثل مذهبه ؛ لأن المتأخرين أفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ، والفقه ؛ فينبغي أن يصح تسميته مهرًا ؛ لأن ما جاز أخذ الأجر في مقابلته من المنافع ، جاز تسميته صَداقًا ، ولهذا ذكر في فتح القدير في هذا الموضع : أنه لما جوَّز الشافعي أخذ الأجر على تعليم القرآن ، صح تسميته صداقًا ، فكذا نقول: يلزم على المفتَى به صحة تسميته صداقًا ، ولم أَرَ من تعرض له [1] . والله الموفق . وهو

(١) ينظر : فتح القدير (٣/٣٣٩) ، (٩/١٧٩) ، والبحر الرائق (٣/١٦٨) ، ونص الكلام المنقول من =

حسن ووجيه [١] .

(مادة ٧٧)

مَهْرُ الْمِثْلِ لِلْحُرَّةِ : هُوَ مَهْرُ امْرَأَةٍ تُمَاثِلُهَا مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا ، كَـ : أُخْتِهَا ، أَوْ عَمَّتِهَا ، أَوْ بِنْتِ عَمِّهَا أَوْ عَمَّتِهَا . وَلاَ تُمَثَّلُ بِأُمِّهَا أَوْ خَالَتِهَا إِذَا لَمْ تَكُونَا مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا [٢] . وَتُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ وَقْتَ الْعَقْدِ : سِنًّا ، وَجَمَالًا ، وَمَالًا ، وَبَلَدًا ، وَعَصْرًا ، وَعَقْلًا ، وَصَلاَحًا ، وَعِفَّةً ، وَبَكَارَةً ، وَثُيُوبَةً ، وَعِلْمًا ، وَأَدَبًا ، وَعَدَمَ وَلَدٍ . وَيُعْتَبَرُ أَيْضًا حَالُ الزَّوْجِ [٣] . فَإِنْ

= البحر الرائق ، وكلام ابن الهمام يقتصر على نقل مذهب الشافعي فقط ، أما ما بعده من كلام من قوله : « فكذا نقول ... » فهو من كلام ابن نجيم ، فتأمل .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٦١) : ١ - يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية .

٢ - إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذٍ تجب المتعة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لزوم مهر المثل : المادة (٥٤) : إذا لم يسم المهر في العقد الصحيح أو تزوجها على أنه لا مهر لها أو سمي المهر وكانت التسمية فاسدة يلزم مهر المثل .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في فتح القدير (٣٦٧/٣ ، ٣٦٨) : « (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها) لقول ابن مسعود : لها مهر مثل نسائها ، لا وكس فيه ولا شَطط . وهن أقارب الأب ؛ ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه ، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه (ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها) لما بينا . فإن كانت الأمُّ من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه ، فحينئذٍ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢١٠/٣) : « (حيث أوجبنا مهر المثل فهو ما يرغب به في مثلها) عادة (من) نساء (عصباتها) وهن المنسوبات إلى من تُنْسَب هي إليه ، كالأخت ، وبنت الأخ ، والعمة ، وبنت العم » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٢/٣) : « وأما ما يعتبر في مهر المثل ؛ فإنه أربع صفات : الدين ، والجمال ، والمال ، والحسب . ومن شَرْط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد ، فمن ساواها في هذه الصفات ، رُدَّتْ إليها في مهر المثل ، وإن لم تكن من أقاربها » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (١٥٩/٥) : « ومهر المثل معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها من جهة أبيها وأمها ، كأختها وعمتها وبنت أخيها وبنت عمها وأمها وخالتها وغيرهن القربى فالقربى » .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الهداية شرح بداية المبتدي (٣٦٨/٣) : « (ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن ، والجمال ، والمال ، والعقل ، والدين ، والبلد ، والعصر) ؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف ، وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر ، قالوا : ويعتبر التساوي أيضًا في البكارة ؛ لأنه يختلف بالبكارة والثيوبة » ، وجاء في فتح القدير (٣٦٨/٣) : « يعتبر حال الزوج أيضًا ، أي : بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما . فإن لم تكن واحدة من قوم الأب بهذه =

لَمْ يُوجَدْ مَنْ يُمَاثِلُهَا مِنْ قَبِيلَةِ أَبِيهَا فِي هَذِهِ الأَوْصَافِ كُلِّهَا أَوْ بَعْضِهَا ، فَمِنْ قَبِيلَةٍ أُخرَى تُمَاثِلُ قَبِيلَةَ أَبِيهَا [1] . وَيُشْتَرَطُ فِي ثُبُوتِ مَهرِ الْمِثْلِ إِخْبَارُ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ

= الصفات ، فأجنبية موصوفة بذلك » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢١٠/٣) : « (وتراعى المماثلة) بينها وبينهن (في النسب) ؛ لأنه الركن الأعظم للمهر (وفي الأَمَة) أَمَة (مثلها في خسة السيد وشرفه) وفي العتيقة عتيقة مثلها ، وفي العربية عربية مثلها ، وفي البدوية بدوية مثلها ، وفي القروية قروية مثلها (وتعتبر البلد) ؛ لأن القيمة تختلف باختلاف الأمكنة ، فلو كن ببلدتين وهي بأحدهما اعتبر بمَنْ ببلدتها (لكن نساؤها) أي : نساء عصباتها (وإن غبن) عن بلدها (يُقَدَّمْنَ على نساء بلدها) الأجنبيات (نعم من سَاكَنَها منهن في البلد) أي : بلدها قبل انتقالها إلى الأخرى (قُدِّمَ عليهن) إذا لم يُسَاكِنْها في بلدها ، وهذا من زيادته ، وبه صرح ابن الصباغ . وإن تفرقن في البلاد اعتبر أقربها إلى بلدها (ويراعى) مع ذلك (العفة والجمال وسائر الخصال المقصودة) أي : المرغِّبة (ولو يَسارًا) كبكارةٍ وفصاحةٍ وسنٍّ ؛ لأن المهر يختلف باختلافها » ؛ وجاء في حاشية الرملي على أسنى المطالب (٢١٠/٣) : « إذا وجد من النساء المعتبرات من بصفتها ، وزوجها مثل زوجها في الصفات المذكورة ، اعتبر بها ، وإلا فلا يعتبر بها » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٢/٣) : « وأما ما يعتبر في مهر المثل ؛ فإنه أربع صفات : الدين ، والجمال ، والمال ، والحسب . ومن شَرْط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد ، فمن ساواها في هذه الصفات ، رُدَّتْ إليها في مهر المثل ، وإن لم تكن من أقاربها » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (١٩٥/٥) « (وتعتبر المساواة في : المال ، والجمال ، والعقل ، والأدب ، والسن ، والبكارة ، والثيوبة ، والبلد ، وصراحة نسبها ، وكل ما يختلف لأجله الصَّداق) ؛ لأن مهر المثل بدلُ متلَفٍ ، فاعتُبِرت الصفات المقصودة » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (١٤٠/٣) : « (فإن لم يوجد من قبيلة أبيها فمن الأجانب) أي : فمن قبيلة تماثل قبيلة أبيها (فإن لم يوجد فالقول له) أي : للزوج في ذلك بيمينه كما مر » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢١٠/٣) : « (وإن متن فتراعى) القربى فالقربى فتُقَدَّم (الأخوات من الأبوين ثم من الأب) ، ثم بنات الأخ لأبوين ، ثم لأب ، ثم عمات كذلك (على ترتيب الإرث) في الأقربية . والتصريح بهذا من زيادته (فإن فُقِدْنَ) أي : نساء عصباتها (أو لم ينكحن) أو جهل مهرهن (فنساء الأرحام) تُقَدَّم (القربى فالقربى من الجهات وكذا من الجهة الواحدة كجدات) وخالات . قال الماوردي : ويقدم من نساء الأرحام : الأم ، ثم الأخت للأم ، ثم الجدات ، ثم الخالات ، ثم بنات الأخوات ، ثم بنات الأخوال ، وعلى هذا . قال : ولو اجتمعت أم أب وأم أم ، فأوجهٌ ثالثها : التسوية (ثم) إن تعذرت نساء الأرحام اعتبرت (الأجانب) أي الأجنبيات » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٢/٣) : « وأما ما يعتبر في مهر المثل ؛ فإنه أربع صفات : الدين ، والجمال ، والمال ، والحسب . ومن شَرْط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد ، فمن ساواها في هذه الصفات ، رُدَّتْ إليها في مهر المثل ، وإن لم تكن من أقاربها » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (١٥٩/٥ ، ١٦٠) : « (فإن لم يوجد) في نسائها (إلا دونها زِيدت =

وَامْرَأَتَيْنِ عُدُولٍ ، وَلَفْظُ الشَّهَادَةِ . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ بِيَمِينِهِ (١) .

* * *

٤٧٣ – ومهر المثل يعتبر بعشيرتها التي من قبيلة أبيها ، كالأخوات ، والعمات ، وبنات الأعمام .

٤٧٤ – وقال بعضهم : يعتبر بأمها وقوم أمها ؛ لأن المهر قيمة لبُضْع النساء ، فيعتبر بالقرابات من جهة النساء . وليس بشيء .

٤٧٥ – وإنما اعتُبِر بقوم الأب ؛ لقول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فيمن تزوجت بلا مهر : لها مهرُ مثلِ نسائها (٢) . وهن أقارب الأب ؛ لأنه أضاف إليها ، وإنما يضاف إلى أقارب الأب ؛ لأن النسب إليه ؛ ولأن قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه ، والإنسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ، ألا ترى أن الأم قد تكون جارية ، والبنت تكون قرشية تَبَعًا لأبيها .

٤٧٦ – ولا تُمَثَّلُ بأمها أو خالتها إذا لم تكونا من قبيلة أبيها . فإن كانتا كذلك ، مُثِّلَتْ بهما ، بأن يكون أبوها قد تزوج بنت عمه ، فإن أمها وخالتها تكونان من قبيلتها .

٤٧٧ – ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان ، وهي المَقِيسَةُ والمَقِيسُ عليها ، وقت العقد : سنًّا ، وجمالًا ، ومالًا ، وبلدًا ، وعصرًا ، وصلاحًا ، وعقلًا ، وعفةً ، وبكارةً ، وثيوبةً ، وعلمًا ، وأدبًا ، وعدمَ ولدٍ ؛ لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف ، لاختلاف الرغبات فيها .

٤٧٨ – ويعتبر أيضًا حال الزوج ، بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها ، أي : في المال ، والحسب وعدمهما ؛ لأن لهما مَدْخَلًا في غُلُوِّ المهر ورُخْصِهِ . وكذا :

= بقدر فضيلتها القربى فالقربى) منهن لمزية القرب ؛ لأن زيادة فضيلتها تقتضي زيادة في المهر (وإن لم يوجد) في نسائها (إلا فوقها نقصت بقدر نقصها) كأرش العيب بقدر نقص المبيع ؛ ولأن له أثرًا في تنقيص المهر ، فوجب أن يترتب بحسبه (وإن لم يكن لها أقارب اعتبر شبهها بنساء بلدها) ؛ لأن ذلك له أثر في الجملة (فإن عُدِمْنَ) أي : بلدها بأن لم يكن فيهن من يشبهها (فبأقرب النساء شبهًا بها من أقرب البلاد إليها) ؛ لأنه لما تعذر الأقارب اعتبر أقرب النساء شبهًا بها من غيرهن ، كما اعتبر قرابتها البعيدة إذا لم يوجد قريب » .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (١٣٩/٣) : « (ويشترط فيه) أي : في ثبوت مهر المثل لما ذكر (إخبار رجلين أو رجل وامرأتين ولفظ الشهادة) ؛ فإن لم يوجد شهود عدول ، فالقول للزوج بيمينه » .

(٢) معجم الصحابة لابن القانع (٨٠/٣) .

للجمال ، والعقل ، والتقوى ، والسن مُدخَلٌ من جهة الزوج أيضًا . فينبغي اعتبارها في حقه ؛ لأن الشاب يتزوج بأرخص من الطاعن في السن ، وكذا التقي بأرخص من الفاسق .

٤٧٩ - فإذا لم يوجد من يماثلها من قوم أبيها في هذه الأوصاف كلها أو بعضها ، يُنْظَر إلى امرأة تماثلها في هذه الأوصاف من قبيلة تماثل قبيلةَ أبيها في : الشَّرَف ، والرِّفْعَة ، ويُفْرَضُ لها مهرُها الذي تزوجت به ؛ لأنه هو مهر مثلها .

٤٨٠ - وعندما يراد إثبات مهر مثل امرأة ، يشترط إخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ، بأن يقولا : نشهد أن مهر مثلها مائةُ جنيهٍ - مثلًا - ؛ لأن فلانةَ التي هي من قبيلة أبيها تساويها في الأوصاف المعتبرة من كذا وكذا ، وقد تزوجت بهذا المبلغ .

٤٨١ - ولما كانت هذه الأوصاف قَلَّمَا تتحد في امرأتين ، سواء كانت من قبيلة واحدة أو من قبيلتين ، فإن اتفق الزوجان على أن مهر مثلها مائة جنيه مثلًا ، فلا كلام ؛ لأن الزوج قد رَضِيَ بدفع هذا المبلغ لها ، وهي رَضِيَتْ بأخذه . وإن اختلفا فمن البَدِيهِيِّ أن الزوجة لا بد وأن تَدَّعِيَ الأكثر ، بأن تَدَّعِي أن مهر مثلها مائتا جنيه ، والزوج يقول : إنه مائة وخمسون . وحينئذٍ يكون القول للزوج بيمينه ؛ لأنه ينكر الزيادة . والقول لمن ينكرها ، فإن حلف، لزمه ما يَدَّعِيهِ فقط . وإن امتنع عن اليمين ، لزمه ما تَدَّعِيهِ هي . وأيُّهما أقام البينة على ما يَدَّعِيهِ ، قُبِلَتْ بينته .

٤٨٢ - وهذا كله بالنسبة للحرة ، وأما في الجواري ؛ فإنه ينظر إلى مثل تلك الجارية : جمالًا ، وسيدًا ، بكم تتزوج ، ويعتبر مهر مثلها بذلك [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الثامن :
المهر .
المهر المسمى ومهر المثل
المادة (٤٤) : المهر مهران مهر مسمًى : وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلًا كان أو كثيرًا ، ومهر المثل : وهو مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها وإذا لم يوجد لها أمثال من قبل أبيها فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٧) أ - إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فعلى الزوج إقامة البينة فإن عجز فالقول قولها بيمينها.
ب - إذا اختلف الزوجان في أصل تسمية المهر بعد تأكيده وعجز المدعي عن الإثبات قضي بالمسمى عند النكول وبمهر المثل عند الحلف .
ج - يقدَّر مهر المثل بمهر من يماثل المرأة من نساء عصباتها .

(مادة ٧٨)

الْمُفَوَّضَةُ الَّتِي زُوِّجَتْ بِلاَ مَهْرٍ إِذَا طَلَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ أَنْ يَفْرِضَ لَهَا مَهْرًا بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَهَا ذَلِكَ ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَفْرِضَ لَهَا . فَإِذَا امْتَنَعَ وَرَفَعَتْ الْمَرْأَةُ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، يَأْمُرُهُ بِالْفَرْضِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، نَابَ مَنَابَهُ وَفَرَضَ لَهَا مَهْرَ مِثْلِهَا بِالنَّظَرِ إِلَى مَنْ يُمَاثِلُهَا مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا بِنَاءً عَلَى شَهَادَةِ الشُّهُودِ . وَيَلْزَمُ الزَّوْجَ مَا فُرِضَ لَهَا ، سَوَاءٌ كَانَ بِالتَّرَاضِي أَوْ بِأَمْرِ الْقَاضِي .

٤٨٣ – وقد علمتَ مما تقدم أن المهر إما أن يُسَمَّى في العقد أو لا . فإن سُمِّي في العقد ، فإما أن تكون التسمية صحيحة ، أو غير صحيحة . وإذا لم يُسَمَّ في العقد ، فإما أن يكون مسكوتًا عنه ، أو منفيًّا .

٤٨٤ – فإن سُمِّيَ وكانت التسمية صحيحة ، فهو الواجب .

٤٨٥ – وإن سُمِّيَ وكانت التسمية غير صحيحة لأي سبب من الأسباب المتقدِّمة ، أو كان مسكوتًا عنه ، أو منفيًّا في العقد ، وجب مهر المثل .

٤٨٦ – فالمهر على العموم يجب بمجرد العقد ، وينبني عليه أنه إذا تزوجت امرأة بلا مهر ، وتسمى المفوَّضة بكسر الواو ؛ لأنها فوضت نفسها إلى الزوج بلا مهر [١] – ، وَجَبَ لها مهر المثل في هذه الحالة ؛ لأن المهر في الابتداء ليس خالصَ حَقِّها ، بل فيه حق الله تعالى إلى العِشْرة ، وفيه حق الأولياء إلى مهر المثل ، وفيه حقها ابتداءً وبقاءً ، فليس لها أن تسقطه .

٤٨٧ – ويترتب على ذلك أن لها أن تطلب من الزوج فَرْضَ مهرٍ لها ، ولو قبل الدخول . ومتى طلبت منه ذلك ، يجب عليه أن يفرض لها . فإن قام بهذا الواجب ، واتفق معها على شيء ، فبها ، ولو كان أقل من مهر المثل ، إلا إذا كان هناك وَلِيٌّ عصبةٍ فله حق الاعتراض في هذه الحالة كما عَرَفْتَهُ مما تقدم .

---

(١) مفوضة بالكسر كأنها فوضت زوجها ، ويجوز فيها فتح الواو أيضًا . فمن كسر ، أضاف الفعل إليها على أنها فاعلة مثل : مُقَوِّمَة . ومن فتح، أضافه إلى وليها . والتفويض : الإهمال . كأنها أهملت أمر المهر ؛ لأنه لم تسمه . ينظر : المغني لابن قدامة (١٨٣/٧) ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢٥/٣) ، وكشاف القناع للبهوتي (١٥٦/٥) ، ومطالب أولي النهى للرحيباني (٢١٧/٥) .

٤٨٨ - وإن امتنع فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم ؛ لأن ولايته عامة ، ونُصِّبَ ناظرًا لشؤون الناس . والحاكم يُحْضِرُهُ ويأمره بفرض شيء لها . فإن امتثل ورَضِيَتْ بما فرضه، فبها . وإن لم يمتثل ، ناب منابه ، وفرض لها مهر مثلها بالطريقة التي عَرَفْتَهَا مما تقدم . وحينئذٍ يُلْزَمُ الزوجُ بما فَرِضَ لها في هذه الحالة ، سواء كان المفروض بالتراضي أو بقضاء القاضي .

(مادة ٧٩)

يَجُوزُ لِلزَّوْجِ أَوْ أَبِيهِ أَوْ جَدِّهِ الزِّيَادَةُ فِي الْمَهْرِ بَعْدَ الْعَقْدِ ، وَتَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ ، بِشَرْطِ : مَعْرِفَةِ قَدْرِهَا ، وَقَبُولِ الزَّوْجَةِ أَوْ وَلِيِّهَا فِي الْمَجْلِسِ ، وَبَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ (١) .

* * *

٤٨٩ - فإن سمَّى المهر في العقد ، وكانت التسمية صحيحة ، يُلْزَمُ الزوج بدفع المسمَّى فقط .

٤٩٠ - إلا إذا حصلت زيادة على المهر بعد العقد ، بأن سمَّى مائة جنيه، وزِيدَ بعد العقد خمسون ؛ فإنه يُطَالَبُ بالمسمَّى والزيادة ، أي : بمائة وخمسين . ولا يملك هذه الزيادة كلٌّ من وَلِيِّ العقد ، وإنما يَمْلِكُها الزوج إن كان بالغًا عاقلًا ؛ لأنه - والحالة هذه - تكون له الولاية على ماله ، فله أن يتصرف بما أراد .

٤٩١ - فإن كان صغيرًا أو مُلحقًا به ، مَلَكَها الأبُ والجدُّ فقط ؛ لأن كلاً منهما لوُفُور شفقته يكون ناظرًا لمصلحة تَرْبُو على هذه الزيادة ، فلا يملك غير الزوج والأب والجد هذه الزيادة ، ولو كان القاضي أو الأم .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (١٤/٢) : « (وإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة) يعني : إذا قبلت المرأة بالزيادة ، وقال زفر : هي هِبة مبتدأة ، إن قبضتها صحت ، وإن لم تقبضها لم تصح » .
قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١٧٩/١) : « من عقد على امرأة بصَداق مسمًّى ، ثم زادها بعد العقد على ما سمَّى لها حين العقد ؛ فإنه إن دخل ، لزمته تلك الزيادة كاملة طَلَّق أو لم يُطَلِّق عاش أو مات . وإن طلق قبل البناء لزمه نصفها ، وإن مات قبل البناء سقطت الزيادة ؛ لأنها كهِبة لم تقبض » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٠٤/٧ ، ٢٠٥) : « الزيادة في الصَّداق بعد العقد تلحق به . نص عليه أحمد ، قال في الرجل يتزوج المرأة على مهرٍ ، فلما رآها زادها في مهرها : فهو جائز ، فإن طلقها قبل أن يدخل بها ، فلها نصف الصَّداق الأول والذي زادها » .

٤٩٢ - وإنما جازت الزيادة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِۚ ﴾ (١) ؛ ولأن ما بعد العقد زمنٌ لفَرْضِ المهر ، ولهذا جاز فرضه فيه إذا لم يَفْرِض عند العقد . فكانت حالة الزيادة كحالة العقد ، فتستند إلى حالة العقد .

٤٩٣ - ويشترط في صحتها ثلاثة شروط :

٤٩٤ - **الأول** : **معرفة قدرها** : فلو قال : زِدْتُكِ في مهركِ . ولم يُعَيِّنِ الزيادةَ ، لم تصح الزيادةُ للجَهالة .

٤٩٥ - **الثاني** : **قبول الزوجة** : إن كانت مكلفة أو قبول وليها إن كانت قاصرة الزيادةَ في المجلس الذي حصلت فيه ؛ لاشتراط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول .

٤٩٦ - **الثالث** : **بقاء الزوجية** : بأن حَصَلَتِ الزيادةُ وعقد الزواج باقٍ ، بأن لم يقع منه طلاق أصلًا ، أو وقع منه طلاق رجعي ، ولكن العدة لم تَنْقَضِ . فإن انقضت العدة في الطلاق الرجعي ، أو حصلت الزيادة بعد الطلاق البائن وإن لم تَنْقَضِ العدة ، فلا تصح ؛ لأن عقد الزوجية قد انتهى . ومن باب أوْلى ما إذا حصلت الزيادة بعد موت الزوجة ، فقبلت الورثة ؛ فإنه لا يصح ؛ لانتهاء عقد الزوجية بالموت .

٤٩٧ - وتصح الزيادة على المهر ، ولو كانت بعد هبته أو الإبراء منه ، سواء كانت من جنس المهر أو من غير جنسه .

٤٩٨ - ومن فروع الزيادة على المهر : ما لو راجع المطلقة رجعيًا على ألفٍ ، فإن قبلت لَزِمَتْ ، وإلا فلا . ومن فروعها أيضًا : أنها لو وَهَبَتْ مهرَها لزوجها ، ثم إن الزوج أشهد أن لها عليه كذا من مهرها ، فإن قبلت جاز ، ووجهه أنه يجب تصحيح التصرف ما أمكن ، وقد أمكن بأن يُجْعَلَ كأنه زاد على المهر (٢) .

---

(١) النساء /٢٤ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : الزيادة في المهر والحط منه : المادة (٦٣) : للزوج الزيادة في المهر بعد العقد وللمرأة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف ويلحق ذلك بأصل العقد إذا قبل به الطرف الآخر في مجلس الزيادة أو الحط منه .

(مادة ٨٠)

كَمَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ الزِّيَادَةُ فِي الْمَهْرِ ، يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ الْبَالِغَةِ أَنْ تَحُطَّ بِرِضَاهَا فِي حَالِ صِحَّتِهَا كُلَّ الْمَهْرِ أَوْ بَعْضَهُ عَنْ زَوْجِهَا إِنْ كَانَ مِنَ النَّقْدَيْنِ، وَلاَ يَجُوزُ لَهَا حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الأَعْيَانِ . وَلَيْسَ لأَبِي الصَّغِيرَةِ أَنْ يَحُطَّ شَيْئًا مِنْ مَهْرِهَا ، وَلاَ مِنْ مَهْرِ بِنْتِهِ الْكَبِيرَةِ إِلا بِرِضَاهَا (٦١) .

* * *

٤٩٩ - وكما يجوز للزوج الزيادة في المهر للزوجة ، كذلك يجوز للزوجة أن تَحُطَّ كلَّ المهر أو بعضه عن زوجها ، إن كان من النقدين ، بأن تقول له : أبرأتكَ من كل المهر أو من نصفه ؛ لأن المهر حالة البقاء حَقُّها ، والحط يلاقيه حالة البقاء .

٥٠٠ - والحَطُّ - في اللغة - : الإسقاط .

٥٠١ - فيصح سواء قَبِل الزوج أو سكت ؛ لأن الإسقاط لا يُحْتَاج فيه إلى القبول ، بل ينفرد به المُسْقِطُ ، بخلاف الزيادة ؛ فإنه لا بد من قبولها في المجلس ؛ ولكن الإسقاط يرتد برد المُسْقَطِ عنه .

٥٠٢ - ويشترط في صحة هذا الحط شروط :

٥٠٣ - **الأول** : أن تكون بالغة ؛ لأنها ، والحالة هذه ، تكون لها الولاية في مالها ، فلها أن تتصرف بما شاءت . فلو كانت صغيرة ، فليس لها ذلك ، لعدم ولايتها على مالها . وليس لأحد من الأولياء ذلك أيضًا ، ولو كان أبًا أو جدًّا ؛ لأن تَصَرُّفَ كلٍّ منهما في مال الصغيرة مقيَّدٌ بالمصلحة ، ولا مصلحة في ترك شيء من مال الصغيرة بعد ثبوته بالعقد (تأمل) . وكذا لو كانت كبيرة ؛ لأنها هي وليةُ مالِها لا الأب والجد . فإذا حَطَّ كلٌّ منهما شيئًا من مهرها ، فإن كان بإذنها صح ؛ لأنه وكيل ، وإن كان بغير إذنها ، توقف على إجازتها ، فإن أجازته نَفَذَ ، وإن رَدَّتْهُ بَطَلَ .

٥٠٤ - **الشرط الثاني** : أن تكون راضية مختارة ، حتى لو كانت مكرهة ، لم يصح . فلو خَوَّفَهَا بالضرب حتى وَهَبَتْ له مهرها ، لم تَصِحَّ هذه الهِبة .

٥٠٥ - **الثالث** : أن تكون في حال صحتها ، فلو كانت مريضة مرض الموت ، فلا يصح إبراؤها زوجَها من المهر ولا شيءٍ منه ، إلا إذا أجاز هذا الإبراء بقيةُ الورثة ؛ لأن جميع التصرفات الإنشائية في مرض الموت وصية، ولا تنفذ الوصية لوارث

ولو كانت بأقل من الثلث ، إلا إذا أجازها بقية الورثة .

٥٠٦ - **الشرط الرابع** : أن يكون المهر من النقدين ، فلو كان من الأعيان ، لم يصح ؛ لأن الحَطَّ لا يصح في الأعيان . ومعنى عدم صحته فيها أنه لا يفيد التمليك ولكنه يكون وديعة عند الزوج ، فإذا أبرأته من المهر وكان حِصَانًا مثلًا ، فلها أن تطالبه به ما دام موجودًا في يده . فإن هلك بدون تعديه ، فلا يضمن لها شيئًا . وإن استهلكه هو ، ضَمِن قيمته .

الفصل الثالث
في الأسباب التي تؤكد وجوب المهر بتمامه للمرأة والأحوال التي يجب لها فيها نصف المهر والتي لا تستحق فيها شيئًا منه

(مادة ٨١)

بِالْوَطْءِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ أَوْ بِشُبْهَةٍ ، وَبِالْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، وَبِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ وَلَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ ، يَتَأَكَّدُ لُزُومُ كُلِّ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى وَالزِّيَادَةُ الَّتِي زِيدَتْ فِيهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ (١) . وَكُلُّ مَهْرِ الْمِثْلِ فِي الْفَاسِدِ وَالْوَطْءِ بِشُبْهَةٍ وَعَدَمِ

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٥٢٤/٣) : « (نكح) نكاحًا صحيحًا (معتدته) ولو من فاسد (وطلقها قبل الوطء) ولو حُكْمًا (وجب عليه مهر تام) » ، وجاء في مجمع الضمانات (٧٢٤/٢) : « الواجب في النكاح الفاسد الأقل من المسمى ، ومن مهر المثل إن كان تسمية » ، وجاء في البحر الرائق (١٦٢/٣) : « للسبب المكمل للمهر الخلوة الصحيحة ؛ لأنها سلمت المبدل ، حيث رفعت الموانع وذلك وُسْعُها ، فيتأكد حقها في البدل اعتبارًا بالبيع » ، وجاء فيه أيضًا (١٨١/٣) : « (وفي النكاح الفاسد إنما يجب مهر المثل بالوطء) ؛ لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده ، وإنما يجب باستيفاء منافع البُضْع » . وجاء فيه أيضًا (١٨٦/٣) : « لو زُفَّت إليه غير امرأته فوطئها ، لزمه مهر مثلها » .
قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٧٢/٤) : « (ولو بادرت) أي : الزوجة (فمكنت) أي : الزوج (طالبته) بالمهر على كل قول ، لأنها بذلت ما في وسعها ، ولها حينئذٍ أن تستقل بقبض الصداق بغير إذن الزوج كنظيره في البيع » ، وجاء فيه أيضًا (٣٧٣/٤) : « (ويستقر المهر) على الزوج (بوطء) ولو في الدبر بتغييب حشفة أو قدرها من مقطوعها ، سواء أوجب بنكاح أو فرض كما في المفوضة » .
قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٩٤/٣) : « الموجب عندنا في كمال الصداق بالبناء هو الوطء ، بمغيب الحشفة وإن لم يكن غير ذلك » .
قول الحنابلة : جاء في الفروع (٢٩٥/٥) : « لو أقر بوطئها بشبهة ، فلها المهر ولو سكتت ؛ لأنه لا يتضمن إسقاطًا » ، وجاء في الإنصاف (٢٤٦/٨) : « يجب المهر بمجرد العقد على الصحيح من المذهب » ، وجاء فيه أيضًا (٢٨٣/٨) : « ومما يقرر المهر كاملًا وطؤه في فرج حية لا ميتة » ، وجاء فيه أيضًا (٣٠٦/٨) : « (وإن دخل بها ، استقر المسمى) هذا المذهب (ولا يستقر بالخلوة) . هذا اختيار المصنف ، والشارح . وذكره في الانتصار ، والمذهب ، رواية عن الإمام أحمد ﷺ . قال ابن رزين : ويحتمل أن لا يجب ، لظاهر الخبر . وهو قول الجمهور . ومراده والله أعلم جمهور العلماء ، لا جمهور الأصحاب . وقال أصحابنا : يستقر . وهو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وهو من مفردات المذهب . لكن هل يجب مهر المثل ، أو المسمى ، مبني على الذي قبله . وجزم به في الوجيز وغيره . وأطلقهما في الرعاية . وقيل : يجب لها شيء ؛ ولا يكمل المهر » .

صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ (١) ، وَمَا فُرِضَ لِلْمُفَوَّضَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ بِالتَّرَاضِي أَوْ بِفَرْضِ الْقَاضِي (٢) . وَلاَ يَسْقُطُ الْمَهْرُ بَعْدَ تَأَكُّدِ لُزُومِهِ بِأَحَدِ هَذِهِ الْمَعَانِي الثَّلاَثَةِ ، وَلَوْ كَانَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجَةِ مَا لَمْ تُبْرِئْهُ .

* * *

٥٠٧ - اعلم أن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد على شَرَفِ السقوط كلاً أو بعضًا ، وإنما يتأكد هذا الوجوب ويلزم كلُّ المهر بأحد أمورٍ ثلاثةٍ :

٥٠٨ - **الأول** : **الوطء** : سواء كان في نكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة ، فمتى حَصَل الوطءُ ، وجب كل المهر . ولا يُبَالَى بما إذا كان هذا الوطءُ حَصَل بعد عقد صحيح أو فاسد أو لم يحصل بعد عقد أصلًا ، كالوطء بشبهة . فإذا زُفَّتِ امرأةٌ إلى رجل ، وقيل له: هي زوجتُكَ . فدخل بها ، وتبين بعد ذلك أنها غير زوجته ، فَفُرِّقَ بينهما ، وَجَب عليه المهر .

٥٠٩ - **الثاني** : **الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح** : فلا يتأكد لزوم كل المهر إلا إذا كانت الخَلْوةُ صحيحةً ، وكان النكاحُ صحيحًا . فلو كانت الخلوة غير صحيحة ، ولو كان العقد صحيحًا ، أو كانت الخلوة صحيحة ، ولكن العقد غير صحيح ، لم

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٣٤٦/١) : « (وإن سكت عنه) أي : المهر (أو نفاه) بأن عقد على أن لا مهر لها (لزم مهر المثل بالدخول ، أو الموت) » .

قول الشافعية : وجاء فيه أيضًا (٣٨٦/٤) : « (و) يجب (في وطء نكاح) أو شراء (فاسد مهر مثل) لاستيفائه منفعة البُضْع كوطء الشبهة (يوم) أي : وقت (الوطء) ؛ لأنه وقت الإتلاف ، ولا اعتبار بالعقد ؛ إذ لا حرمة له لفساده (فإن تكرر) وطء فيما ذكر (فمهر) واحد كما في النكاح الصحيح ؛ إذ فاسد كل عقد كصحيحه ، والشبهة شاملة للكل ، فأشبهت النكاح » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٢٩٣/٥) : « وللموطوءة بشبهة مهر المثل » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٣٤٩/١) : « (وللمفوضة) (ما فرض لها بعد العقد إن دخل بها (أو مات) عنها زوجها » .

قول الشافعية : وجاء في مغني المحتاج (٣٨١/٤) : « أما التفويض الفاسد ففيه مهر مثل بنفس العقد ، وعلى الأظهر (فإن وطئ) المفوضة (فمهر مثل) يجب لها ، وإن أذنت له في وطئها بشرط أن لا مهر ؛ لأن الوطء لا يباح بالإباحة لما فيه من حق الله تعالى » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٢/٣) : « حكم نكاح التفويض بعد المسمى ، وأما أنه إذا دخل بها بعد أن سمى لها مهر المثل أو ما اتفقا عليه فإن لها ذلك كله بالمسيس وإن دخل بها قبل التسمية وجب لها بالمسيس مهر المثل رواه ابن عبد الحكم عن مالك » .

يتأكد لزومُ كلِّ المهر . ومن باب أولى ما إذا كان كلٌّ من الخلوة والعقد غيرَ صحيحٍ ، فإن المهر لا يتأكد لزومه .

٥١٠ - **الثالث** : **موت أحد الزوجين** : ولو قَبْل الدخول وقَبْل الخلوة الصحيحة ، فإذا تزوج رجل امرأة ، ولم يدخل بها ولم يَخْتَلِ بها خَلْوةً صحيحةً ، ومات أحدهما ، اسْتَحَقَّتِ المرأةُ جميعَ المهرِ . فإذا مات هو ، أخذت كلَّ المهر من تَرِكَتِهِ . وإن ماتت هي ، أخذ وَرَثَتُهَا المهرَ من الزوج بعد إسقاط نصيبه منه ؛ لأنه وارث .

٥١١ - والمهر المتأكِّد بأحد هذه الأمور الثلاثة يختلف باختلاف الأحوال ، وبيانه :

٥١٢ - أن المهر إن كان مسمًّى في العقد ، وكانت التسميةُ صحيحةً والعقدُ صحيحٌ ، فهو الواجب .

٥١٣ - وإن حصلت زيادة على المهر ، وكانت مستوفية للشروط المتقدمة في شرح مادة (٧٩) ، وجبت مع المسمَّى .

٥١٤ - فإن لم يُسَمِّ المهرَ في العقد ، وفرض بعده ، فالواجب هذا المفروضُ، سواء كان فَرْضُهُ بتراضي الزوجين أو بقضاء القاضي .

٥١٥ - ويتأكد مهر المثل كله في ثلاثة أحوال :

٥١٦ - **الحالة الأولى** : إذا كان النكاح فاسدًا ، وحصل الدخول بالفعل ولم يسم المهر أو كانت التسمية غير صحيحة ؛ فإذا كانت صحيحة وجب أقل الشيئين وهما المسمى ومهر المثل .

٥١٧ - **الثانية** : عند حصول وطءٍ بشبهةٍ .

٥١٨ - **الثالثة** : إذا كانت التسمية غير صحيحة .

٥١٩ - ومتى حصل واحدٌ من الأمور الثلاثة التي تؤكد لزوم المهر بتمامه ، فلا يسقط منه شيء ، ولو حصلت الفرقة من جهة الزوجة ، كما إذا كانت صغيرةً زَوَّجَها غيرُ الأبِ والجدِّ ، ودخل بها الزوج ، واختارت نفسها عند البلوغ ؛ إلا إذا أبرأته الزوجة منه ، فإنه يسقط ؛ لأن المهر في حالة البقاء حَقُّهَا كما تقدم ، فلها أن تتنازل عنه بالشروط المتقدمة في المادة التي قبل هذه .

٥٢٠ - وإنما تأكد كلُّ المهر بحصول واحدٍ من هذه الأمور الثلاثة ؛ لأن الدخول يتحقق به تسليمُ المبدَلِ ، وهو منافع البُضْع . وبتسليم المبدَلِ يتأكد البَدَلُ ، وهو المهر

كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوبُ الثمن ، فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكّدًا ، لكونه على عَرَضِيَّةٍ أن يهلك المبيع في يد البائع ، فينفسخ العقد . وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري . وكذلك وجوب المهر كان على عَرَضِيَّةٍ أن يسقط بحصول الفرقة من جهتها ، وبالدخول تأكد . هذا بالنسبة للدخول .

٥٢١ - وأما الموت فلأن الزواج ينتهي به ، حيث لم يَبْقَ قابلًا للرفع ، والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد ، فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه التي يمكن تقريرها لوجود ما يقتضي ذلك ، وليس هناك ما يمنع منه . وتلك المواجب ، هي : الإرث ، والعدة ، والمهر ، والنسب . وروى علقمة [١] أن ابن مسعود رضى اللّٰه تعالى عنه سئل عن رجل تزوج المرأة ، ولم يفرض ولم يَمَسَّ حتى مات ، فرددهم ثم قال : أقول فيها رأيي ، فإن كان صوابًا فمن اللّٰه، وإن كان خطأً فمني ومن الشيطان ، أرى لها مهر امرأة من نسائها ، لا وَكْسَ ولا شَطَطَ، وعليها العدة ، ولها الميراث . فقام ناس من أَشْجَعَ فيهم الجراح [٢] ، وأبو سنان [٣] ، فقالوا : يابن مسعود ، نحن نشهد أن رسول اللّٰه ﷺ قضاها فينا في

(١) هو : علقمة بن قيس أبو شبل النخعي الكوفي عن عمر وعبد اللّٰه ، روى عنه إبراهيم والشعبي ، قال أبو نعيم : مات سنة إحدى وستين . وقال عمر بن حفص : نا أبي قال : نا الأعمش عن عمارة عن أبي معمر عن عمرو بن شرحبيل قال : أشبه الناس بعبد اللّٰه هديا ودلًّا علقمة ، وسئل عمارة عن الأسود فقال : كنت إذا نظرت إليه كأنه راهب . وقال أحمد بن سليمان : سمعت يحيى بن سعيد يقول : علقمة عم إبراهيم وعم الأسود بن يزيد وأم إبراهيم أخت الأسود يعني وهو خال إبراهيم . انظر: التاريخ الكبير للبخاري (٤١/٧) .

(٢) هو : الجراح الأشجعي ترجم له الطبراني ولم يسق له نسبًا ، ويقال : أبو الجراح روى حديث أحمد وأبو داود من طريق عبد اللّٰه بن عتبة بن مسعود قال : أخبرني عبد اللّٰه بن مسعود في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الحديث قال : فقام رجل من أشجع فقال : قضى فينا رسول اللّٰه ﷺ بذلك في بروع بنت واشق قال : هلم شاهداك على هذا قال فشهد أبو سنان ، والجراح رجلان من أشجع . انظر: الإصابة - ابن حجر (ج ١) (ص ٥٧٧) .

(٣) هو : أبو سنان الأشجعي شهد قضاء رسول اللّٰه ﷺ في بروع بنت واشق ، قيل : اسمه معقل بن سنان ، أخبرنا الخطيب عبد اللّٰه بن أحمد بإسناده عن أبي داود الطيالسي ، حدثنا هشام عن قتادة عن جلاس ابن عمرو عن عبد اللّٰه بن عتبة قال : أتى عبد اللّٰه بن مسعود في امرأة توفي عنها زوجها ولم يدخل بها ولم يفرض لها فأبى أن يقول فيها شيئًا فأتى فيها بعد شهر فقال : اللّهم إن كان صوابًا فمنك وإن كان خطأً فمني ، لها صدقة إحدى نسائها ولها الميراث وعليها العدة فقام رجل من أشجع فقال : قضى رسول اللّٰه ﷺ فينا بذلك في بروع بنت واشق فقال : هلم شاهدا لك على ذلك فشهد أبو سنان والجراح الأشجعي . انظر : أسد الغابة (٢٢٢/٥) .

بَرْوَع بنت وَاشِقٍ (١) وإن زوجها هلال بن مُرَّة الأشجعي (٢) كما قضيتَ . ففرح ابن مسعود فَرَحًا شديدًا حين وافق قضاؤُه قضاءَ رسولِ اللَّه ﷺ (٣) .

٥٢٢ - وأما الخلوة الصحيحة فإنها تؤكد لزوم المهر عندنا مثل موت أحد الزوجين ، ولو قبل الدخول ، وقال الإمام الشافعي رضى اللَّه تعالى عنه : لا يتأكد لزومُ كلِّ المهر ، إلا بالدخول الحقيقي ؛ لأن المعقود عليه ، وهو منافع البُضْع ، إنما يصير مستوفًى بالوطء ، فلا يتأكد المهر بدونه ؛ لأن التأكد إنما يكون بتسليم المبدَل ، وتسليمه بالوطء ، ولم يوجد .

٥٢٣ - ونحن نوافق على أنه لا يجب البدل إلا بعد تسليم المبدَل ، ولكن نقول : إن التسليم وجِدَ منها . وبيانه : أن الواجب لا يكون إلا مقدورًا ، والمقدور للمرأة تسليم المبدَل برفع الموانع ، وقد وجِدَ منها ذلك ، فيتأكد حقها في البدل ، كما في البيع فإن التخليةَ فيه برفع الموانع تسليمٌ ، يجب على المشتري به تسليمُ الثمنِ .

٥٢٤ - وأما ما قاله من أن المعقود عليه إنما يصير مستوفًى بالوطء ، فصحيح ؛ لكنه تسليم ليس في قُدْرَةِ المرأة ، فلا تكون مُكلفة به ، وقال تعالى : ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ ﴾ (٤) ؛ فإنه أوجب جميع المهر بعد الإفضاء وهو الخلوة ؛ لأنه من الدخول في الفضاء . وقال عليه الصلاة والسلام : « **من كشف خمار امرأة ، ونظر إليها ، وَجَبَ الصداقُ دَخَلَ أو لم يَدْخُلْ** » (٥) (٦) .

---

(١) **هي** : بروع بنت واشق الرؤاسية الكلابية أو الأشجعية زوج هلال بن مَرة لها ذكر في حديث معقل الأشجعي وغيره وأخرج حديثه ابن أبي عاصم من روايتها فساق من طريق المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن بروع بنت واشق أنه نكحت رجلًا وفوضت اللَّه فتوفي قبل أن يجامعها فقضى لها رسول اللَّه ﷺ بصداق نسائها . انظر : الإصابة - ابن حجر (٤٩/٨) .

(٢) **هو** : هلال بن مرة الأشجعي له ذكر في حديث صحيح أخرجه الحارث بن أبي أسامة والطبراني والطحاوي كلاهما عن عبد اللَّه بن عتبة أن ابن مسعود أتى في امرأة فذكر قصة بروع بنت واشق وفيها فقام رهط من أشجع فيهم الجراح بن سنان ، وأبو سنان ، فقالوا : نشهد أن رسول اللَّه ﷺ قضى فينا في بروع بنت واشق وكان زوجها هلال بن مرة مثل ما قضيت . انظر: الإصابة - ابن حجر (ج ٦) (ص ٤٢٩) .

(٣) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول اللَّه / باب : ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت قبل أن يفرض لها / ١١٤٥) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : إباحة التزوج بغير صداق / ٣٣٥٤) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : فيمن لم يسم صَداقًا حتى مات / ٢١١٤) .

(٤) النساء : ٢١ .

(٥) السنن الكبرى للبيهقي (كتاب : النكاح / باب : من قال : من أغلق بابًا أو أرخى سترًا فقد وجب الصداق وما روي في معناه / ١٤٢٦٤) .

(٦) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : لزوم المهر المسمى بالعقد : المادة (٤٨) : إذا سمي مهر في =

(مادة ٨٢)

الخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ الَّتِي تَقُومُ مَقَامَ الْوَطْءِ وَتُؤَكِّدُ لُزُومَ كُلِّ الْمَهْرِ هِيَ : أَنْ يَجْتَمِعَ الزَّوْجَانِ فِي مَكَانٍ ، آمِنَيْنِ مِنَ اطِّلاَعِ الْغَيْرِ عَلَيْهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِهِمَا ، وَأَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ بِحَيْثُ يَتَمَكَّنُ مِنَ الْوَطْءِ بِلاَ مَانِعٍ حِسِّيٍّ أَوْ طَبِيعِيٍّ أَوْ شَرْعِيٍّ (١) .

* * *

٥٢٥ - فالشرط في الخَلْوة أن تكون بلا مانع من الوطء ؛ لأنه لا يتمكن من الوطء مع المانع . والخلوة إنما جُعِلَتْ كالدخول ، للتمكن منه . ومع المانع لا يتمكن ، فلا تكون صحيحة .

٥٢٦ - **والموانع ثلاثة أنواع : حسيٌّ** : كالمرض ، **وطبيعي** : كوجود ثالث ، **وشرعي** : كحيض وصومِ فرضٍ . فمتى كان أحدهما مريضًا مَرَضًا يمنع الجماع أو يَلْحَقُهُ به ضرر ، فلا تَصِحُّ الخلوة .

٥٢٧ - وقيل هذا التفصيل في مرضها ، وأما مرضه فمانع من صحتها مطلقًا ؛ لأنه لا يخلو عن تَكَسُّر وفُتُور عادة ، وهو الصحيح .

٥٢٨ - والحيض مانعٌ طَبْعًا وشَرْعًا ، وكذا النفاس . والإحرام بالحج فَرْضًا أو نَفْلًا مانع شرعًا ، لما يلزمه بالجماع من الدم والقضاء لفساد الإحرام . وصوم رمضان مانع بالاتفاق ، لما يلزمهما بالجماع من القضاء والكفارة ، وأما صوم التطوع ، والمنذور ، والكفارات ، والقضاء ، فالصحيح أنه لا يمنع صحة الخلوة ؛ لعدم وجوب الكفارة بالإفساد . والصلاةُ كالصوم فَرْضُهَا كَفَرْضِهِ ونَفْلُهَا كَنَفْلِهِ .

٥٢٩ - **ومن الموانع من صحة الخلوة** : أن تكون الزوجة صغيرة لا تُطِيقُ الجماع ، أو يكون الزوج صغيرًا لا يقدر على الجماع .

= العقد الصحيح لزم أداؤه كاملًا بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة أما إذا وقع الطلاق قبل الوطء والخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمّى .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٠٥/١) : « والخلوة الصحيحة أن يجتمعا في مكانٍ ، ليس هناك مانع يمنعه من الوطء حِسًّا أو شرعًا أو طبعًا . والمكان الذي تصح فيه الخلوة أن يكونا آمنين من اطلاع الغير عليهما بغير إذنهما كالدار والبيت » .

قول الشافعية : جاء في حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب (١٢٥/٤) : « وضابط الخَلْوة : اجتماع لا تُؤْمَن معه الرِّيبة عادة ، بخلاف ما لو قُطِع بانتفائها عادة ، فلا يعد خَلْوة » .

٥٣٠ - **ومن الموانع** : وجود ثالث معهما ، سواء كان الثالث بصيرًا أو أعمى ، يقظانَ أو نائمًا ، بالغًا أو صبيًّا يعقل ؛ لأن الأعمى يُحِسُّ ، والنائم يستيقظ أو يتناوم . وإن كان صغيرًا لا يعقل أو مجنونًا أو مغمًى عليه ، فلا يمنع صحة الخَلْوة . وقيل : المجنون والمغمى عليه يمنعان .

٥٣١ - ومتى كان العقد صحيحًا ، وجبت بالخَلْوة العدة على المرأة ، سواء كانت الخَلْوة صحيحة أو فاسدة احتياطًا واستحسانًا لتوهم الشغل . ولكل من الشرع والولد حق في العدة، فلا يُصَدَّقُ الزوجان في نفيها بإقرارِ كلٍّ منهما أنه لم يحصل وطء . والدليل على أن للشرع حقًّا فيها : أن الزوجين لا يَمْلِكَانِ إسقاطها . والدليل على أن الولد له حق فيها : قوله عليه الصلاة والسلام : « **من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يَسْقِيَنَّ ماؤُه زَرْعَ غيرِهِ** » [(١)] ، والمقصود منه رعايةُ نسبِ الولدِ وهو حقه ، بخلاف المهر ، فإنه لا يجب إلا بالخلوة الصحيحة ؛ لأنه مال لا يُحْتَاطُ في إيجابه . وذكر القُدُورِي في شرحه : أن المانع إن كان شرعيًّا كالصوم والحيض ، تجب العدة ؛ لثبوت التمكن من الوطء حقيقةً . وإن كان حقيقيًّا كالمرض والصِّغَر ، فلا تجب العدة ؛ لانعدام التمكن حقيقةً [(٢)] . وهو واضح .

(مادة ٨٣)

حُكْمُ الخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ كَحُكْمِ الْوَطْءِ فِي : تَأَكُّدِ لُزُومِ المَهْرِ كُلِّهِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ عَنِينًا [(٣)] ، ....

(١) سبق تخريجه .

(٢) ينظر : تبيين الحقائق (١٤٤/٢) ، والعناية شرح الهداية (٣٣٥/٣) ، والهداية شرح بداية المبتدي (٣٣٥/٣) ، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٤٤/١) ، والبحر الرائق (١٦٦/٣) ، ومجمع الأنهر (٣٥١/١) .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢٣/٢) : « (ولها كمال المهر إذا كان قد خلا بها) ؛ لأن خلوة العِنين صحيحة تجب بها العدة » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي على المنهاج (٢٧٩/٣) : « (ويستقر المهر بوطء وإن حرم كحائض) لاستيفاء مقابله (لا بخلوة في الجديد) والقديم يستقر بها ؛ لأنها مظنة الوطء » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٩٢/٣) : « يجب إكمال المهر مع خلوة الزوج في النكاح الصحيح » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٨٣/٨) : « اعلم أن المهر يتقرر كاملًا سواء كانت الزوجة حُرة أو أمة بأشياء : ... ومنها : الخَلْوة على الصحيح من المذهب . عليه الأصحاب ، وهو من المفردات . قال =

.... وَفي ثُبُوتِ النَّسَبِ (١) ، وَالنَّفَقَةِ (٢) ، وَالسُّكْنَى (٣) ، وَحُرْمَةِ نِكَاحِ أُخْتِ الزَّوْجَةِ (٤) ، وَأَرْبَعٍ سِوَاهَا في عِدَّتِهَا (٥) . وَلاَ تَكُونُ الْخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ كَالْوَطْءِ في : الإِحْصَانِ، وَحُرْمَةِ الْبَنَاتِ ، وَحِلِّ الْمَرْأَةِ لِلزَّوْجِ الأَوَّلِ ، وَالرَّجْعَةِ ، وَالْمِيرَاثِ مِنَ الزَّوْجِ إِذَا مَاتَ وَالْمَرْأَةُ في عِدَّةِ الْخَلْوَةِ (٦) .

* * *

٥٣٢ - والخلوة الصحيحة ليست كالوطء في جميع الأحكام ؛ بل في البعض .

= في الفروع : وعنه أو لا . اختاره في عمد الأدلة بزيادة « أو » قبل « لا » . والذي يظهر : أنها سهو ، وقال في القاعدة الخامسة والخمسين بعد المائة : من الأصحاب من حكى رواية بأن المهر لا يستقر بالخلوة بمجردها بدون الوطء ، وأنكر الأكثرون هذه الرواية . وحملوها على وجه آخر وذكره . فعلى المذهب : يتقرر كاملًا ، إن لم تمنعه ، بشرط أن يعلم بها على الصحيح من المذهب » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٥٠/٦) : « لما جعلنا الخلوة بمنزلة الدخول في إيجاب العدة ، فكذلك فيما ينبني عليه ، وهو ثبوت نسب الولد » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٨٢/٨) : « الزوجة تكون فراشًا بمجرد الخَلْوة بها ، حتى إذا ولدت للإمكان من الخلوة بها ، لَحِقَهُ ، وإن لم يعترف بالوطء » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٨٠/٨) : « الخلوة التي مظنة الإصابة دون حقيقتها ، ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل ، لحقه نسبه ، وإن لم يطأ » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٣٥٠/١ ، ٣٥١) : « اعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في بعض الأحكام : لتأكد المهر ، وثبوت النسب ، والعدة ، والنفقة ، والسكنى في مدة العدة ، وحرمة نكاح أختها ، وأربع سواها ما دامت العدة قائمة ، ومراعاة وقت الطلاق في حقها ، وحرمة نكاح الأمة عليها في هذا العقد عن طلاق بائن على قياس قول الإمام » ، وانظر : فتح القدير (٣٣٣/٣) .

قول المالكية : جاء في حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (١٣٤/٢ ، ١٣٥) : « المراد بالدخول الخَلْوة وإن لم يحصل وطء ، والحاصل أن نفقة الأنثى تستمر على أبيها حتى يدخل بها زوجها البالغ المُوسر ، أي : يختلي بها ، ولو غير مطيقة ، أو يُدْعَى للدخول ، أي : بشرط الإطاقة » .

(٣، ٤، ٥) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٣٥٠/١ ، ٣٥١) : « اعلم أن أصحابنا أقاموا الخَلْوة الصحيحة مقام الوطء في بعض الأحكام : لتأكد المهر ، وثبوت النسب ، والعدة ، والنفقة ، والسكنى في مدة العدة ، وحرمة نكاح أختها ، وأربع سواها ما دامت العدة قائمة ، ومراعاة وقت الطلاق في حقها ، وحرمة نكاح الأمة عليها في هذا العقد عن طلاق بائن على قياس قول الإمام » . وانظر : فتح القدير (٣٣٣/٣) .

(٦) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٣٥١/١) : « ولم يقيموها - أي : الخلوة - مقام الوطء في حق الإحصان ، وحرمة البنات ، وحلها للأول ، والرجعة ، والميراث ، وأما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان ، والأقرب أن يقع » ، وانظر : فتح القدير (٣٣/٣) .

٥٣٣ - فمن الأحكام التي أقاموها فيها مقام الوطء : تأكد لزوم كل المهر ولو كان الزوج عِنينًا بالاتفاق . فلو كان مَجْبُوبًا ، فقال أبو حنيفة : يجب كمال المهر أيضًا . وقال الصاحبان : لا يتأكد كلُّ المهر بخلوته ؛ لأنه أعجز من المريض بوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع ، بخلاف المجبوب ، والمرض مانع من صحة الخلوة فالجب أولى ، بخلاف العنين فإن الوقوف على حقيقة العُنَّة متعذِّر ، وسلامة الآلة وجودًا سبب للوطء ؛ إذ الأصلُ السلامةُ في الوصف أيضًا ، فيدار الحكم عليه .

٥٣٤ - ولأبي حنيفة : أن المُسْتَحَقَّ عليها التسليمُ في حق المجبوب (١) ، لأنه وُسْعُ مثلها في هذه الحالة ، وقد أتت بما وجب عليها . وأما عدم التسليم، فذلك ليس من جهتها لما عرف في الخلوة .

٥٣٥ - **ومن المسائل التي أقاموا الخلوة الصحيحة فيها مقام الوطء** : ثبوت النسب . فإذا أتت بولدٍ بعد الخلوة الصحيحة ، ثبت نسبه من الزوج ، كما إذا أتت به بعد الدخول الحقيقي .

٥٣٦ - **ومنها : النفقة الشاملة للسُّكْنَى** . فإذا طلق رجلٌ امرأتَهُ بعد الخلوة الصحيحة ، وجبت عليه نفقتها ما دامت في العدة ، كما إذا طلقها بعد الدخول الحقيقي .

٥٣٧ - **ومنها : حرمة نكاح أخت الزوجة في العدة** . فإذا تزوج رجل امرأة ، واختلى بها خلوة صحيحة ، ثم طلقها ، يَحْرُمُ عليه ما دامت في العدة أن يتزوج أختَها . ومثلُ أختِها غيرُها من محارمها كما تقدم لك في أسباب تحريم المرأة على الرجل ، كما إذا كان هذا الطلاق بعد الدخول الحقيقي .

٥٣٨ - **ومنها : حرمةُ تزوُّجِ أربعٍ غيرِ مطلقتِهِ في عدة الخَلْوة** . فإذا تزوج رجل امرأة ، واختلى بها خَلْوة صحيحة ، ثم طلّقها ، فلا يجوز له ، ما دامت في عدة الخَلْوة ، أن يتزوج بأربعٍ سواها ، كما إذا كانت في العدة من الدخول الحقيقي .

٥٣٩ - وبالتأمل نرى أنه لا لزوم إلى ذِكْرِ كلِّ هذه المسائل وجَعْلِها من قيام الخَلْوة الصحيحة مقام الوطء ؛ لأن ثبوت النسب ليس من أحكام الخَلْوة القائمة مقام الوطء ؛ لأنها من أحكام العقد ، ألا ترى أن النسب يترتب على العقد ، سواء حَصَل دخول أم لا ، وسواء حَصَلت خلوة أم لا ؛ ولأن كلاً من النفقةِ والسُّكْنَى وحرمةِ نكاحِ الأختِ

---

(١) كذا في الأصل ، والهداية شرح بداية المبتدي (٣/٣٤٤) ، والعناية شرح الهداية (٣/٣٤٤) ، والبحر الرائق (٣/١٦٦) ، وتبيين الحقائق (٢/١٤٤) ، ولعل الصواب : [المستحق] .

وأربع سواها في العدة ليس من أحكام الخلوة الصحيحة القائمة مقام الوطء ، بل هي من أحكام العدة ، فذِكْرُ العدة يغني عن كل هذه المسائل .

٥٤٠ - ولذلك قال بعضهم : إن الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول الحقيقي ، إلا في حق تكميل المهر ، ووجوب العدة ، ولم تقم مقامه في بقية الأحكام [1] ، وهذا هو التحقيق .

٥٤١ - ولا تكون الخَلْوة الصحيحة مثل الوطء في مسائل :

٥٤٢ - **منها : الإحصان** . فلو زنى رجل بامرأة بعد الخلوة بزوجته ، لا يرجم ، لفقد شرط الإحصان ، وهو الوطء . بخلاف ما إذا دخل بزوجته دخولًا حقيقيًا ثم زنى بامرأة ؛ فإنه يرجم . والمرأة مثل الرجل فيما ذُكِرَ . ومحل ذلك إن تصادقا على عدم الدخول الحقيقي ، فإن أقرا به ، لزمهما حكم الإحصان . وإن أقر به أحدُهم ، صُدِّقَ في حق نفسه دون صاحبه ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فلا يتعداه إلى غيره .

٥٤٣ - **ومنها : حرمة البنات** . أي : لم يقيموا الخَلْوة الصحيحة مقام الوطء في حرمة البنات ، فلو خلا بزوجته بدون وطء ولا مَسٍّ بشهوة ، لم تحرم عليه بناتها ، بخلاف الوطء .

٥٤٤ - **ومنها : حِلُّ المطلقة ثلاثًا للزوج الأول** . فإذا تزوجت بغيره ، واختلى بها خَلْوة صحيحة ، فلا تَحِلُّ للأول . وإذا دخل بها دخولًا حقيقيًا ، حَلَّتْ له .

٥٤٥ - **ومنها : الرَّجْعَة** . يعني : أنه لو طَلَّق رجل امرأته طلاقًا رجعيًا ، واختلى بها في العدة ، لم تكن هذه الخَلْوة رَجْعَةً ، مع أن الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل ، ولكن لو وَطِئَها في العدة ، يصير مراجعًا . أو نقول : إن الرجل لو اختلى بزوجته خلوة صحيحة ، ثم طلقها ، لم تثبت له الرجعة عليها ، مع أنه لو دخل بها دخولًا حقيقيًا ، وطلقها طلاقًا رجعيًا ، ثبتت له الرجعة ما دامت في العدة . فلم يقيموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في الرجعة .

٥٤٦ - **ومنها : الميراث** . فإذا طلقها طلاقًا رجعيًا بعد ما اختلى بها ، ومات أحدهما ، وهي في عدة الخَلْوة ، فلا يرثه الآخر . ولكن لو دخل بها دخولًا حقيقيًا ، وطلقها رجعيًا ، ومات أحدهما في عدة الدخول الحقيقي ، ورثه الآخر . وهذا ليس مُتَّفَقًا عليه ؛

---

(١) ينظر : البحر الرائق (١٦٥/٣) ، ورد المحتار (١١٨/٣) .

إذ هناك رأي يقول بالميراث في عدة الخَلْوة [١] [٢] .

(مادة ٨٤)

إِذَا طَلَّقَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الْوَطْءِ وَالْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، وَكَانَ قَدْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا وَقْتَ الْعَقْدِ ، فَلاَ يَجِبُ عَلَيْهِ إِلاَّ نِصْفُهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَلَّمَهُ إِلَيْهَا ، عَادَ النِّصْفُ الآخَرُ إِلَى مِلْكِهِ بِالطَّلاَقِ مُجَرَّدًا عَنِ الْقَضَاءِ أَوِ الرِّضَا [٣] .

وَإِنْ كَانَتْ حَصَلَتْ زِيَادَةٌ فِي الْمَهْرِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَكَانَتْ مُتَوَلِّدَةً مِنَ الأَصْلِ ، تَتَنَصَّفُ بَيْنَ

---

(١) جاء في رد المحتار (٣/١٢٠) : « وحكى ابن الشحنة في عقد الفرائد قولًا آخر : أنها ترث ، وإن تصادقا على عدم الدخول بعد الخَلْوة » ، وهذا مذهب الحنابلة . ينظر : المغني (٧/٢٦٩) .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٥٨) : إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخَلْوة الصحيحة وجب نصف المهر .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٤) أ - يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلًّا أو بعضًا حين العقد .

ب - يجب المهر بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول أو الخَلْوة الصحيحة أو الوفاة ويستحق المؤجل منه بالوفاة أو البينونة ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك .

ج - تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر إن كان مسمى ؛ فإن لم يكن مسمًّى أو كانت التسمية فاسدة حكم لها القاضي بمتعة تُقدر وفقًا لحكم المادة (١٢١/ب) من هذا القانون .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢/١٣) : « (وإن طلقها قبل الدخول بها والخَلْوة فلها نصف المسمَّى) فإن تزوجها على أقل من عَشَرة ، ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف ما سَمَّى وتمام خمسة . واختلفوا في نصف المسمَّى ، فمنهم من قال : إن الطلاق يُسْقِطُ نصف المهر ، ويُبْقِي نصفه . ومنهم من قال : يُسْقِط جميعه ، وإنما يجب نصفه على طريق المتعة » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٥/٦٥) : « وإذا أصدق الرجل المرأة دنانير أو دراهم ، فدفعها إليها ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، والدنانير والدراهم قائمة بأعيانها لم تغير ، وهما يتصادقان على أنها هي بأعيانها ، رجع عليها بنصفها ، وهكذا إن كانت تِبْرًا من فضة أو ذهب » .

قول المالكية : جاء في المدونة (٢/١٥٢) : « قلت لابن القاسم : أرأيتَ إن طلقها قبل البناء بها ، أتجعل لها نصف الدرهمين أم المتعة أم نصف ربع دينار ، قال : لها نصف الدرهمين . قلت : لِمَ ، قال : لأنه صَداق قد اختُلِف فيه ، وإن الزوج لو لم يَرْضَ أن يبلغها ربع دينار لم أجبره على ذلك ، إلا أن يكون قد دخل بها . فهو إذا طلق ، فليس لها إلا نصف الدرهمين ، لاختلاف الناس في أنه صَداق » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٨/٢٣٣) : « (وإن طلقها قبل الدخول وقبل تعلمها ، فعليه نصف الأجرة) وهو المذهب » .

الزَّوْجَيْنِ ، سَوَاء كَانَ حُصُولُهَا قَبْلَ الطَّلاَقِ أَوْ بَعْدَهُ (١) .

فَإِنْ كَانَ قَدْ سَلَّمَ الْمَهْرَ كُلَّهُ إِلَيْهَا ، فَلاَ يَعُودُ النِّصْفُ إِلَى مِلْكِهِ بِالطَّلاَقِ ، بَلْ يَتَوَقَّفُ عَوْدُهُ إِلَى مِلْكِهِ عَلَى الرِّضَا أَوِ الْقَضَاءِ، فَلاَ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ قَبْلَهُمَا ، وَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهَا في الْكُلِّ قَبْلَ ذَلِكَ بِجَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ .

وَإِذَا تَرَاضَيَا عَلَى النِّصْفِ أَوْ قُضِيَ لِلزَّوْجِ بِهِ ، وَكَانَتْ قَدْ حَصَلَتْ زِيَادَةٌ في الْمَهْرِ قَبْلَ الطَّلاَقِ أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ الْقَضَاءِ بِنِصْفِهِ لِلزَّوْجِ ، فَلاَ يَلْزَمُهَا إِلاَّ نِصْفُ قِيمَةِ الأَصْلِ يَوْمَ قَبْضِهِ ، وَالزِّيَادَةُ الَّتِي زِيدَتْ فِيهِ مُتَّصِلَةً كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةً مُتَوَلِّدَةً أَوْ غَيْرَ مُتَوَلِّدَةٍ تَكُونُ لَهَا خَاصَّةً .

وَلاَ يَتَنَصَّفُ مَا زِيدَ بَعْدَ الْعَقْدِ عَلَى الْمَهْرِ الْمُسَمَّى ، بَلْ يَسْقُطُ بِالطَّلاَقِ قَبْلَ الدُّخُولِ (٢) .

* * *

٥٤٧ - فقد علمتَ مما تقدم أنه يتأكد لزوم كل المهر : بالوطء ، وبالخلوة الصحيحة ، وبموت أحد الزوجين . فإذا طلق الزوج امرأته قبل واحد من المذكورات ، فلا يجب عليه كل المهر ، وإنما الواجب النصف إن كان قد سمَّى لها مهرًا وقت العقد ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (٣) . وهو نص صريح في الباب ، فيجب العمل به .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (١٥٥/٣) : « ولو زاد المهر زيادة منفصلة ، كالولد ، والثمر ، والأرش والعقر قبل القبض ، فكلها تتنصَّف بالطلاق قبل الدخول ، وبعد القبض لا تتنصَّف ، وعليها نصف قيمة الأصل يوم قُبِضَت . والزيادة المتصلة قبل القبض ، تتنصف بالإجماع . وبعد القبض تتنصف عند محمد ، خلافًا لهما . والزيادة المنفصلة بعد القبض إذا هلكت ، يتنصف الأصل دون الزيادة . ثم اعلم أن حاصل الزيادة في المهر أنها إذا حدثت بعد قبض المرأة ثم طلقها قبل الدخول ، فإنها لا تتنصف سواء كانت متصلة متولدة أو منفصلة متولدة أو لا ، إلا متصلة متولدة عند محمد ، وأما إذا حدثت قبل القبض ، فإن المتولدة تتنصف متصلة أو منفصلة ، وغير المتولدة لا تتنصف » .

(٢) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٦٥/٥) : « الزيادة بعد العقد تسقط كلها بالطلاق . وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١٧٩/١) : « من عقد على امرأة بصداق مسمى ، ثم زادها بعد العقد على ما سمَّى لها حين العقد ؛ فإنه إن دخل لزمته تلك الزيادة كاملة ، طَلَّق أو لم يُطَلِّق ، عاش أو مات . وإن طلق قبل البناء ، لزمه نصفها . وإن مات قبل البناء ، سقطت الزيادة ؛ لأنها كهبة لم تقبض » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٢٦٧/٥ ، ٢٦٨) : « وتلحق الزيادة بعد العقد بالمهر على الأصح فيما يقرره وينصفه » .

(٣) البقرة : ٢٣٧ .

٥٤٨ - وإنما وجب النصف ؛ لأن معنا قياسين متعارضين ، أحدهما يقتضي ثبوت كل المهر ، والآخر يقتضي عدم ثبوت شيء منه . فإننا لو نظرنا إلى المعقود عليه عاد لها سالمًا ، أسقطنا كل البدل . ولو نظرنا إلى أن الزوج فوت ما ملكه باختياره ، أوجبنا كل المهر ، فوجب النصف لتعارض الأقيسة . فإذا تزوج رجل امرأة بمهر معلوم فإنها تستحقه بمجرد العقد كما عرفته أول الفصل المتقدم ، وإن كان هذا الاستحقاق غير متأكد ؛ إذ بالطلاق قبل الدخول يتنصف هذا المسمى ، فكل من الزوجين يستحق النصف ، وهذا لا كلام فيه . وإنما الكلام في أنه هل يعود النصف إلى ملك الزوج بمجرد الطلاق ، أو يتوقف عوده إلى مِلْكه على قضاء القاضي له بالنصف أو تراضي الزوجين على ذلك ، وإن كانت حصلت زيادة في المهر، فهل تكون للزوجة وحدها أو للزوج وحده أو تتنصف بينهما ؟ .

٥٤٩ - يلزمنا قبل الجواب أن نعرف أولًا أنواع الزيادة ، وما إذا كان المهر مقبوضًا للزوجة أو غير مقبوض ؛ لأن الحكم يختلف باختلاف هذه الأحوال ، فلا يمكن الجواب إلا بعد التفصيل .

٥٥٠ - فالزيادة أربعة أنواع :

٥٥١ - **الأول** : زيادة متصلة متولدة من الأصل ، كسِمَن الجارية وجمالها والثمر قبل قطعه .

٥٥٢ - **الثاني** : زيادة متصلة غير متولدة ، كصبغ الثوب والبناء والزرع في الأرض .

٥٥٣ - **الثالث** : زيادة منفصلة متولدة ، كالثمر بعد قطعه وكالولد ، كما إذا كان المهر بقرة مثلًا فولدت ، فولدها زيادة منفصلة متولدة من الأصل .

٥٥٤ - **الرابع** : زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ، وهي بدل المنافع كالكسب والغَلَّة والموهوب للمهر .

٥٥٥ - وكلٌّ من هذه الأقسام إما أن يحصل والمهر غير مقبوض بأن كان في يد الزوج ، أو يحصل وهو مقبوض بأن كان في يد الزوجة .

٥٥٦ - فإن كان المهر غير مقبوض ، بأن لم يكن سلمه إليها ، عاد النصف الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول إلى مِلْكه بمجرد الطلاق ، ولا يتوقف عوده إلى مِلْكه على القضاء أو الرضا ؛ لأن الزوجة وإن استحقت المهر بمجرد العقد إلا أن هذا الاستحقاق ليس متأكدًا وهو على شرف السقوط كُلاً أو بعضًا ، ولم يتصل بهذا

الاستحقاق ما يؤكده من قِبَل الزوج وهو تسليمه لها ، فيعود إلى ملكه ما تبين أنه مستحق له بمجرد الطلاق .

٥٥٧ - وإن كانت حصلت زيادة في المهر في هذه الحالة ، فإن كانت متولدة من الأصل سواء كانت متصلة أو منفصلة ، تتنصف بين الزوجين ؛ لأنها نماء ملكهما ، فكل يأخذ منها بقدر استحقاقه في الأصل وهو النصف ، سواء كان حصول هذه الزيادة قبل الطلاق أو بعده . وإن كانت منفصلة غير متولدة من الأصل ، بأن لم تكن بدلًا عن جزء من الشيء نفسه ، بل كانت بدل منافعه كالكسب والغلة ، فقال أبو حنيفة : إنها للمرأة ، وليست بمهر . وقال الصاحبان : تتنصف مع الأصل . وهذا هو الظاهر ؛ لأنها نماء ملكهما أيضًا .

٥٥٨ - وعلى هذا الخلاف كسب المبيع قبل القبض ، فعند أبي حنيفة هو للمشتري ، وعندهما يتنصف .

٥٥٩ - وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل ، مثل الصبغ والبناء مثلًا ، فلا تتنصف بالاتفاق ، وهي للزوج في هذه الحالة ؛ لأن الموضوع أن المهر باقٍ في يده لم يسلمه للزوجة ، فالظاهر أنه هو الذي أوجدها ، فهي له .

٥٦٠ - وإن كان المهر مقبوضًا بأن كان قد سلم المهر كله إليها، فلا يعود النصف إلى ملكه بمجرد الطلاق ، بل يتوقف عوده إلى ملكه على قضاء القاضي له بالنصف أو تراضي الزوجين على ذلك ؛ لأن المهر يجب للزوجة بالعقد فهي تملكه به . وهذا الملك وإن لم يكن متأكدًا ، إلا أنه قد تَقَوَّى نوعًا بالقبض الحاصل بتسليم الزوج لها المهر؛ ولكن الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف ، وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك بالقبض كما في البيع الفاسد ، فالأولى ألا يمنع بقاءه ، فلم يَزَلْ في ملكها إلى أن يقضي القاضي له بالنصف أو تَرَضَى بذلك .

٥٦١ - ويترتب على كون النصف لا يعود إلى ملكه إلا بالقضاء أو الرضا أن الزوج لو تصرف في النصف قبل ذلك بأي تصرف كان ، لم يكن تصرفه نافذًا ، بل يكون موقوفًا على إجازة الزوجة ، فإن إجازته نفذ ، وإن ردته بطل ، وأن الزوجة لو تصرفت في المهر قبل حصول أحدهما بجميع التصرفات الشرعية نفذ تصرفها لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء أو الرضا ، وإذا نفذ تصرفها وقُضِي للزوج بالنصف أو حصل التراضي على ذلك ، يلزمها أن تعطي الزوج نصف قيمته يوم قبضه ؛ لأنه تعذر رد النصف بعد

وجوبه ، فتضمَن نصف قيمته للزوج . وإنما اعتبرت القيمة يوم القبض لا يوم العقد ؛ لأنه لم يَصِرْ مضمونًا عليها إلا بالقبض .

٥٦٢ – وإن كانت حصلت زيادة في المهر في هذه الحالة – وهي حصولها بعد التسليم – : فإما أن يكون حصولها قبل الطلاق، أو بعده . فإن كانت بعده : فإما أن يكون قبل القضاء ، أو الرضا له بالنصف ، أو بعد أحدهما .

٥٦٣ – فإن كان حصولها قبل الطلاق أو بعده ولكن قبل القضاء أو الرضا بنصفه للزوج ، كانت الزيادة كلها للزوجة ، سواء كانت متصلة أو منفصلة ، وسواء كانت متولدة أو غير متولدة ؛ لأن الكل نماء ملكها إلا الزيادة المتصلة الغير المتولدة ، فإنها وإن لم تكن نماء ملكها لكن الظاهر أنها هي التي أوجدتها ؛ إذ الموضوع أن المهر في يدها ، وحينئذٍ يلزمها أن تعطي للزوج نصف قيمة المهر يوم قبضه كما تقدم .

٥٦٤ – وإن كان حصولها بعد الطلاق وبعد القضاء أو الرضا ، تتنصف بينهما ؛ لأنها نماء ملكهما إلا المتصلة الغير المتولدة فهي لها ؛ لأن الظاهر أنها هي التي أوجدتها ؛ إذ المهر مقبوض في يدها .

٥٦٥ – والذي يتنصف بالطلاق قبل الدخول هو المهر المسمَّى في العقد للآية المتقدمة ، وحينئذٍ لا تتنصف الزيادة التي زِيدت بعد العقد على المهر المسمَّى في العقد ، بل تسقط بالطلاق قبل الدخول.

٥٦٦ – فصار حاصل وجوه الزيادة ثمانية : لأنه إما أن تكون متصلة متولدة، أو غير متولدة . أو منفصلة متولدة ، أو غير متولدة . وكلٌّ منها إما أن يكون في يده ، أو في يدها ، كذا قالوا .

٥٦٧ – ولكن بالتأمل نرى أن الأقسام تزيد على ذلك ؛ لأن المهر إن كان في يدها : فإما أن تكون الزيادة حصلت قبل الطلاق، أو بعده . وإن كانت بعده: فإما أن تكون قبل القضاء ، أو الرضا ، أو بعد واحد منهما ، وقد علمتَ أحكام الكل [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لزوم المهر المسمَّى بالعقد : المادة (٤٨) : إذا سمي مهر في العقد الصحيح لزم أداؤه كاملًا بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة ، أما إذا وقع الطلاق قبل الوطء والخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى .

(مادة ٨٥)

الْفُرْقَةُ الَّتِي يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى بِوُقُوعِهَا قَبْلَ الْوَطْءِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا هِيَ الْفُرْقَةُ الَّتِي جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ ، سَوَاءٌ كَانَتْ طَلاَقًا أَوْ فَسْخًا ، كَالْفُرْقَةِ بِالإِيلاَءِ ، وَاللِّعَانِ ، وَالْعُنَّةِ ، وَالرِّدَّةِ ، وَإِبَائِهِ الإِسْلاَمَ إِذَا أَسْلَمَتْ زَوْجَتُهُ ، وَفِعْلِهِ مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ بِأُصُولِهَا وَفُرُوعِهَا .

فَإِنْ جَاءَتِ الْفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا كَرِدَّتِهَا ، وَإِبَائِهَا الإِسْلاَمَ إِذَا أَسْلَمَ زَوْجُهَا وَكَانَتْ غَيْرَ كِتَابِيَّةٍ ، وَفِعْلِهَا مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ بِفَرْعِ زَوْجِهَا أَوْ بِأَصْلِهِ ، فَلاَ يَجِبُ لَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى ، بَلْ يَسْقُطُ . وَإِنْ كَانَتْ قَبَضَتْ شَيْئًا مِنْهُ ، تَرُدُّ مَا قَبَضَتْ [(١)] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٦٢/٥) : « كل فرقة جاءت من قبل المرأة ، فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة ؛ لأن المتعة بمنزلة نصف المسمى » ، وجاء فيه أيضًا (٣٠/٣) : « رجل له عبد للتجارة ، فحال الحول وهو عنده ، ثم تزوج عليه امرأة ، ودفعه إليها ، ثم فجر بها ابن زوجها قبل الدخول ، فعليها رَدُّ العبد ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول ، فيلزمها رَدُّ الصداق » .

وجاء في تبيين الحقائق (١٧٨/٢) : « وإن كانت المرتدة قبل الدخول هي المرأة ، لا يجب لها شيء ؛ لأن الفرقة من جهتها قبل الدخول بمعصية توجب سقوطه لحصول التفويت منها . والإباء نظير الارتداد ، حتى إذا كان بعد الدخول من أيهما ، كان يجب المهر كله . وإن كان قبل الدخول ، فإن كان منه يجب النصف به ، وإن كان منها لا يجب شيء » .

وجاء في الجوهرة النيرة (٢٣/٢) : « (وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية ، عَرَض عليها الإسلام . فإن أسلمت فهي امرأته ، وإن أبت فَرَّق القاضي بينهما ، ولم تكن الفرقة طلاقًا) ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها ، والمرأة ليست بأهل للطلاق (فإن كان دخل بها ، فلها المهر) يعني : إذا فرق بينهما بإبائها (وإن لم يكن دخل بها ، فلا مهر لها) ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول ، فصارت مانعة لنفسها كالمطاوعة لابن زوجها قبل الدخول . قال الخُجَنْدِي : إباء الإسلام وردة أحد الزوجين إذا حصل من المرأة فهو فسخ إجماعًا ، وإن كان من جهته فهو فسخ أيضًا عند أبي يوسف في كليهما ، وفي قول محمد كلاهما طلاق ، وفي قول أبي حنيفة الردة فسخ وإباء الزوج الإسلام طلاق » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٨٨/٤) : « (الفرقة) في الحياة (قبل وطء منها) أي : الفرقة الحاصلة من جهة الزوجة قبل الدخول بها ، كإسلامها بنفسها ، أو بالتبعية كإسلام أحد أبويها كما جزم به الرافعي في باب المتعة ، أو فسخها بعيبه ، أو بعتقها تحت رقيق ، أو ردتها ، أو إرضاعها زوجة له صغير (أو) لا من جهتها بل (بسببها كفسخه بعيبها ، تسقط المهر) المسمى ابتداءً والمفروض الصحيح ومهر المثل في كل ما ذُكِر ؛ لأنها إن كانت هي الفاسخة فهي المختارة للفرقة ، فكأنها أتلفت المعوض قبل التسليم فسقط العوض ، كما لو أتلفت المبيع قبل التسليم ، وإن كان هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة » ، وجاء فيه أيضًا =

٥٦٨ - وليس الطلاق شرطًا في تنصيف المهر قبل الوطء حقيقةً أو حكمًا ، بل كل فرقة أتت من قِبَل الزوج قبل الدخول يترتب عليها تنصيف المهر ، سواء كانت الفرقة طلاقًا أو فسخًا .

٥٦٩ - والفَرْق بينهما : أن الفُرْقة التي هي طلاق تُنْقِص عدد الطلاق ، والفُرْقة التي هي فسخ لا تُنْقِص عدده ، وحينئذٍ تشمل هذه الفرقة الفرق الآتية :

٥٧٠ - **أولًا** : **الفرقة بالطلاق** : بأن يقول الرجل لزوجته قبل أن يدخل بها : أنت

= (٣٥٢/٤) : « (فإن فَسَخت) من عُتِقت تحت رقيق النكاح (قبل وطء ، فلا مهر) ولا متعة » ، وجاء فيه أيضًا (٣٧٤/٤) : « الأمة لو قتلت نفسها ، أو قتلها سيدها ، أو قتلت الأمةُ أو الحرةُ زوجَها قبل الدخول ، لم يستقر المهر » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٨/٣) : « الكتابية إذا أسلمت تحت الكتابي . فلا يخلو أن تسلم قبل البناء ، أو بعده . فإن أسلمت قبل البناء فلا يخلو أن تسلم قبل قبض المهر ، أو بعده . فإن أسلمت قبل البناء والقبض ، فلا شيء لها من المهر ؛ لأن الفرقة من قبلها تتيقن ، كما لو أعتقت الأمة تحت العبد قبل البناء ، أو وجدت الزوجة بالزوج عيبًا فاختارت فراقه قبل البناء ، وكذلك كل موضع يتيقن فيه عذر الزوج . فأما الإعسار بالنفقة ، فلها نصف المهر ؛ لأنه لا يتيقن عسره ، وكذلك المعترض عن امرأته ، لأنها لا تتيقن ، ولعله يمتنع من الوطء إضرارًا بها . فإن أسلمت قبل البناء وبعد قبض المهر فلا يخلو أن يكون المهر مما يَحِلُّ للمسلم تملكه أو مما لا يَحِلُّ تملكه . فإن كان مما يَحِلُّ له تملكه كالدنانير ، والدراهم ، والحيوان ، والثياب ، وأنواع الطعام ، رَدَّتْ ذلك كله إلى الزوج ، ووجه ذلك أنها فرقة قبل البناء من جهة الزوجة ، فلم يكن لها شيء من المهر كما لم تقبضه . فإن كان المهر مما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير ، لم يكن للزوج عليها شيء مما قبضته لا نصف ولا غيره ، وذلك ساقط عنها ؛ لأن المسلم لا يملك ذلك ولا يقوم عليه قاله ابن حبيب . وهذا مطرد على قول من يقول من أصحابنا : إن من أتلف خمرًا أو خنزيرًا لذمي أنه لا قيمة له عليه ، وأما على قول من يقول : إن عليه القيمة . فقد روى عيسى عن ابن القاسم أن له عليها قيمة ذلك كله . ولو أن نصرانيا ابتاع من نصراني خمرًا أو خنزيرًا ثم أسلم المبتاع قبل دفع الثمن ، لم يسقط عنه الثمن عندي . فإن أسلمت بعد البناء وقبل القبض ، وكان المهر مما يَحِلُّ تملكه ، فلها مطالبته به وأخذه منه ، وإن كان مما لا يَحِلُّ لها تملكه كالخمر والخنزير ، فلا شيء لها من المهر وهي مصيبة حلت ، ووجه ذلك أنها لا يَحِلُّ لها تملك شيء من الخمر والخنزير ، فلا يقضى لها به ، ولا يقضى لها عليه بغير ذلك ؛ لأنه لم يَسْتَبِحْ بُضْعَهَا إلا به » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢١١/٧) : « وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة ، مثل : إسلامها ، أو ردتها ، أو إرضاعها من ينفسخ النكاح بإرضاعه ، أو ارتضاعها وهي صغيرة ، أو فَسَخَتْ لإعساره ، أو عيبه ، أو لعتقها تحت عبد ، أو فسخه بعيبها ؛ فإنه يَسْقُطُ به مهرها ، ولا يجب لا متعة ؛ لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه ، فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه . وإن كانت بسبب الزوج ، ك : طلاقه ، وخُلعه ، وإسلامه ، وردته ، أو جاءت من أجنبي كالرضاع ، أو وطء ينفسخ به النكاح ، سقط نصف المهر ، ووجب نصفه أو المتعة لغير من سمي لها ، ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاء الفسخ من قبل أجنبي » .

طالق ، أو : أنتِ بائن .

٥٧١ - **ثانيًا : الفرقة بالإيلاء** : وهو في اللغة : الحَلِف . وفي اصطلاح الفقهاء : هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر أو أكثر . فإذا تزوج رجل امرأة وقبل أن يدخل بها قال لها : والله لا أقربك أربعة أشهر . فإن قَرِبَها في المدة ، يلزمه ما حلف به . ففي هذا المثال يقع عليه اليمين بالله، وتلزمه كفارة اليمين . وإن مضت المدة ولم يقربها طَلُقَت منه طلاقًا بائنًا . فإن كان لها مهر مسمى في العقد ، وجب عليه نصفه لها . وهذه الفرقة طلاق ، فإذا تزوجها بعد ذلك ، ملك عليها طلقتين لا ثلاثًا .

٥٧٢ - **ثالثًا : الفرقة باللعان** : وهو في اللغة : مصدر لاعَنَ - كقاتل - من اللعن ، وهو : الطرد والإبعاد . وفي الشرع : هو شهادات مؤكدة بالأيمان ، مقرونة شهادة الزوج باللعن وشهادتها بالغضب ، قائمة شهاداته مقام حد القذف في حقه وشهاداتها مقام حد الزنى في حقها . فإذا تزوج رجل امرأة وقبل أن يدخل بها رماها بصريح الزنى ، ورفعت الأمر إلى القاضي ، فإن القاضي يُحْضِره . فإن أثبت دَعْوَاهُ بالبينة ، حُدَّت الزوجة حد الزنى . وإن عجز ، لاعن بأن يقول : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتُها به من الزنى (أربع مرات) ، ويقول في الخامسة : عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى . وبعد لعانه تلاعن هي بأن تقول : أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنى (أربع مرات) ، وفي الخامسة تقول : عليها غضب الله إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنى . وإنما اختير الغضب في حقهن ؛ لأنهن يُكْثِرْنَ اللعن ، فكان الغضب أردع لهن . ومتى حصلت الملاعنة ، فَرَّق القاضي بينهما ، وهذه الفرقة طلاق لا فسخ ، فإذا تزوجها بعد ذلك ملك عليها طلقتين لا ثلاثًا ، وسيأتي لك تفصيل هذا المقام في مادة (٣٢٤) وما بعدها .

٥٧٣ - **رابعًا : الفرقة بالعُنَّة** : فإذا تزوج رجل امرأة ، ووجدته عِنينًا ، ورفعت أمرها إلى الحاكم ، وأَجَّله سنة ولم يصل إليها في هذه المدة ، وعادت إلى القاضي ، وثبت لديه ذلك ، فَرَّق بينهما . وهذه الفرقة طلاق أيضًا ، وهي آتية من قِبَله ، فإذا كانت قبل الدخول ، تنصف المسمى .

٥٧٤ - **خامسًا : الفرقة بالردة** : وهي الخروج عن الإسلام - والعياذ بالله تعالى - ، فإذا أرتد الزوج قبل أن يدخل بزوجته ، انفسخ عقد الزواج . وهذه الفرقة فسخ لا تُنْقِص عدد الطلاق ، وقد أتت من قِبَله . فإذا كانت قبل الدخول ، وكان لها مهر مسمى في

العقد ، وجب عليه نصفه .

٥٧٥ - **سادسًا : الفرقة بإباء الزوج الإسلام** : فإذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلمت الزوجة قبل الدخول ، يُعْرَض الإسلام على الزوج ، فإن أسلم فبها ، وإن امتنع فَرَّق القاضي بينهما ؛ لأن غير المسلم لا يجوز له أن يتزوج مسلمة . فهذه فرقة أتت من قِبَله قبل الدخول ، فينتصف المسمى في العقد .

٥٧٦ - **سابعًا : الفرقة بفعله بأصول الزوجة وفروعها ما يوجب حرمة المصاهرة** : فإذا زنى بأم امرأته قبل أن يدخل بها ، أو قَبَّلها بشهوة ، أو فعل ببنتها ذلك ، حَرُمَت عليه زوجته حرمة مؤبدة كما عرفته في مادة (٢٤) ، فيجب عليه نصف المسمى في العقد ؛ لأنها فرقة أتت من قبله قبل الدخول .

٥٧٧ - فهذه هي الأحوال التي يجب فيها نصف المهر للزوجة .

٥٧٨ - وأما الأحوال التي يسقط فيها المهر بتمامه ، فتنحصر في كل فرقة أتت من قِبَل الزوجة قبل الدخول ، فتشمل الفُرَق الآتية :

٥٧٩ - **أولًا : الفرقة بارتدادها** : فإن ارتداد أحد الزوجين ، فُسِخ في الحال ، وقد عرفتَ الردة مما تقدم .

٥٨٠ - **ثانيًا : الفرقة بامتناعها عن الإسلام** : إذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية ، فإذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلم الزوج ، فإن كانت زوجته كتابية لا يعرض عليها الإسلام [1] ، بل الزوجية باقية ؛ لأن المسلم له أن يتزوج كتابية ابتداءً ، فبقاءً من باب أولى . وإن كانت غير كتابية ، عُرِض عليها الإسلام ، فإن أسلمت أو دخلت في دين سماوي ، بقيت الزوجية ، وإلا فَرَّق القاضي بينهما ، ولا يجب لها شيء .

٥٨١ - **ثالثًا : الفرقة بفعلها بأصوله وفروعه ما يوجب حرمة المصاهرة** : فإذا طاوعت الزوجة قبل الدخول أبا الزوج أو ابنه فزنى بها أو قبلَّها بشهوة ، حَرُمت على زوجها حرمة مؤبدة كما عرفته في مادة (٢٤) ، فلا يجب لها شيء من المسمى ؛ لأن هذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول [2] .

---

(١) المراد : لا يعرض الإسلام كشرط لاستمرار الزوجية أو عدم استمرارها ، وليس المراد : أننا لا نعرض الإسلام عليها أبدًا ؛ فالدعوة لكل إنسان .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : الفرقة الموجبة لسقوط المهر : المادة (٥١) : الفرقة التي يجب نصف المهر المسمى بوقوعها قبل الوطء حقيقةً أو حكمًا هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج سواء كانت =

(مادة ٨٦)

إِذَا بَلَغَتِ الصَّبِيَّةُ الَّتِي زَوَّجَهَا غَيْرُ الأَبِ وَالجَدِّ مِنَ الأَوْلِيَاءِ زَوْجًا كُفئاً لَهَا وَبِمَهْرِ الْمِثْلِ ، وَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا بِالْبُلُوغِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا، فَلاَ مَهْرَ لَهَا عَلَى زَوْجِهَا وَلاَ مُتْعَةَ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْمَادَّةِ الْخَامِسَةِ وَالثَّمَانِينَ (١) .

* * *

٥٨٢ – رابعًا : **الفرقة بخيار البلوغ** : فإذا بلغت الصغيرة التي زوَّجها غير الأب والجد بزوج كفء وبمهر المثل ، واختارت نفسها وفسخت العقد عند البلوغ قبل الدخول حقيقةً أو حُكمًا ، فهذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول ، فتسقط جميع المهر .

٥٨٣ – فإن كانت المرأة لم تقبض المهر ، فلا يلزم الزوج إعطاؤها شيئًا . فإن قبضت منه شيئًا ، يلزمها رده إلى الزوج .

= طلاقًا أو فسخًا كالفرقة بالايلاء ، واللعان ، والعنة ، والردة ، وبإبائه الإسلام إذا أسلمت زوجته وبفعله ما يوجب حرمة المصاهرة سقوط المهر كله

المادة (٥٢) : يسقط المهر كله إذا جاءت الفرقة من قبل الزوجة كردتها أو إبائها الإسلام إذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية أو بفعلها ما يوجب حرمة المصاهرة بفرع زوجها أو بأصله وان قبضت شيئًا من المهر ترده .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٦) يسقط المهر كله أو المتعة إذا وقعت الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة .

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٦٢/٥) : « كل فرقة جاءت من قبل المرأة ، فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة ؛ لأن المتعة بمنزلة نصف المسمى » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٨٨/٤) : « (الفرقة) في الحياة (قبل وطء منها) أي : الفرقة الحاصلة من جهة الزوجة قبل الدخول بها (أو) لا من جهتها بل (بسببها كفسخه بعيبها ، تُسْقِط المهر) المسمى ابتداءً والمفروض الصحيح ومهر المثل في كل ما ذُكِر ؛ لأنها إن كانت هي الفاسخة فهي المختارة للفرقة ، فكأنها أتلفت المعوض قبل التسليم فسقط العوض ، كما لو أتلفت المبيع قبل التسليم ، وإن كان هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٨/٣) : « الكتابية إذا أسلمت تحت الكتابي . فلا يخلو أن تسلم قبل البناء ، أو بعده . فإن أسلمت قبل البناء فلا يخلو أن تسلم قبل قبض المهر ، أو بعده . فإن أسلمت قبل البناء والقبض ، فلا شيء لها من المهر ؛ لأن الفرقة من قبلها تتيقن » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢١١/٧) : « وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة ، فإنه يَسْقُطُ به مهرها ، ولا يجب لا متعة ؛ لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه ، فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه » .

(مادة ٨٧)

مَهْرُ الْمِثْلِ وَمَا فُرِضَ لِلْمُفَوَّضَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ بِالْقَضَاءِ أَوِ الرِّضَا لاَ يَتَنَصَّفُ بِالطَّلاَقِ قَبْلَ الْوَطْءِ وَالْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ . فَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ قَبْلَهُمَا ، وَلَمْ يَكُنْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا وَقْتَ الْعَقْدِ ، أَوْ سَمَّى تَسْمِيَةً فَاسِدَةً مِنْ كُلِّ الْوُجُوهِ حَتَّى وَجَبَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ ، أَوْ فَرَضَ لَهَا فَرْضًا بَعْدَ الْعَقْدِ ، سَقَطَ عَنْهُ مَهْرُ الْمِثْلِ كُلُّهُ وَمَا فَرَضَهُ بَعْدَ الْعَقْدِ ، وَوَجَبَتْ لَهَا عَلَيْهِ الْمُتْعَةُ إِنْ لَمْ تَكُنِ الْفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٣٤٩/١) : « (وللمفوضة) وهي - بكسر الواو - : من فَوَّضَتْ أمرها إلى وليها وزوجها بلا مهر . - وبفتحها - : من فوضها وليها إلى الزوج بلا مهر ثم تراضيا على مقدار (ما فُرِضَ لها بعد العقد إن دخل) بها (أو مات) عنها زوجها كذا في أكثر المتون والشروح ، وقال يعقوب باشا : لكن الظاهر أن المسألة على حالها في موتها أيضًا ، كما صُرِّحَ به في بعض الكتب . ويمكن أن يجاب عنه بـ : كون مطمح النظر في هذا الباب بيان ما يجب لها عليه لا بيان نصيب ورثتها من مهرها ، تدبر . وكذا إذا فرضه الحاكم بعد العقد قام مقام فرضهما (والمتعة إن طلق قبل الدخول) ولا يتنصف ؛ لأن السبب مخصوص بالمفروض في العقد بالنص ؛ وهو قوله تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ ، والمفروض بعده ليس في معناه (وعند أبي يوسف) لها في قوله الأول كما صُرِّح به في أكثر المعتبرات ، فالأَوْلى أن يقول : وعن أبي يوسف . كما لا يخفى (نصف ما فرض) بعد العقد ، وهو قول الشافعي ؛ لأنه صار مفروضًا فيتناوله النص » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٧٤/٥) : « التفويض الذي إذا عقد الزوج النكاح به عُرِف أنه تفويض في النكاح : أن يتزوج الرجل المرأة الثيب المالكة لأمرها برضاها ، ولا يُسَمِّي مهرًا ، أو يقول لها : أتزوجكِ على غير مهر . فالنكاح في هذا ثابت ، فإن أصابها فلها مهر مثلها ، وإن لم يصبها حتى طلقها فلا متعة ولا نصف مهر لها » .

قول المالكية : جاء في كفاية الطالب الرباني (٦٩/٢ ، ٧٠) : « (ونكاح التفويض جائز) من غير خلاف (وهو أن يعقداه) بلفظ التثنية ، أي : الزوج والولي (ولا يذكران صَداقًا) وكلامه صادق بصورتين ؛ لأنه إذا لم يذكر صَداقًا ، إما أن يصرحا مع ذلك بالتفويض نحو : أنكحتكَ وليتي على التفويض . ولا نحو : زوجتك وليتي من غير ذكر مهر . والنكاح صحيح في الوجهين . أما لو صَرَّحَا باشتراط إسقاط المهر ، لَمَا جاز ، وفُسِخَ قبل الدخول . واختلف قول ابن القاسم في فسخه بَعْدُ (ثم) إذا قلنا بجواز نكاح التفويض وصحته، ووقع ومنعت الزوج من الدخول ؛ فإنه (لا يدخل بها حتى يفرض لها) صَداق مثلها ، وتستحقه بالدخول ولا بالموت ، فإن مات أحدهما توارثا ولا صَداق إلا بفرض ، وأثبته بعضهم بالموت (فإن فرض) الزوج (لها) أي : الزوجة المنكوحة على التفويض (صداق المثل لزمها) ما فُرِضَ لها على المذهب (وإن كان) ما فرض لها (أقل) من صداق مثلها ، مثل أن يفرض لها خمسين دينارًا ، وصداق مثلها مائة (فهي مخيرة) في الرضا به وردِّه (فإن) رَضِيَتْ به وكانت ثيبًا رشيدةً لزمها ذلك ، ما لم ينقص عن ربع دينار ، وإن لم تَرْضَ به بأن (كرهته فُرِّقَ =

٥٨٤ - وقد علمت مما تقدم أن الذي يتنصف بالفرقة قبل الدخول هو المهر المسمى في العقد ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (١) . وحينئذٍ فلا يتنصف مهر المثل ؛ لأنه إنما وجب عند عدم التسمية في العقد أو عند فسادها ، فلا يكون هناك شيء مفروض في العقد ، فوجب مهر المثل ، فلا يتنصف .

٥٨٥ - ومثل مهر المثل في عدم التنصيف ما فُرِض للمفوضة بعد العقد ، سواء كان فرضه بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين.

٥٨٦ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى : ما فرض بعد العقد يتنصف ؛ لقوله تعالى :

بينهما) بطلقة بائنة ؛ لأنها قبل الدخول . وأما ذات الأب والوصي فاختُلِف هل لهما الرضا بأقل من صداق المثل ؟ . على ثلاثة أقوال مشهورها : الصحة من الأب قبل البناء وبعده ، ومن الوصي قبل البناء فقط . ثم استثنى من المسألة التي تخير فيها صورتين فقال : (إلا أن يُرْضِيها) بزيادة شيء على ما سماه ما لم يبلغ صداق المثل (أو يفرض لها صداق مثلها) بعد أن فرض لها دونه (فيلزمها) ما أرضاها به في الصورة الأولى ، وصداق للمثل الذي فرضه ثانيًا في الثانية » .

وجاء في الفواكه الدواني (٣٦/٢ ، ٣٧) : « (وإن مات) الزوج (عن) زوجته (التي) نكحها تفويضًا ومات و(لم يفرض لها) صداقًا رضيت به (و) الحال أنها (لم يَبْنِ بها فلها الميراث) لاستحقاقها إياه بالعقد ولو فاسدًا ، حيث اختلف فيه (ولا صداق لها) كما لو طُلِّقَتْ قبل البناء ، لأنه لا يتشطر بالطلاق ، ولا يتكمل بالموت إلا المفروض » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٣/٧) : « وإذا تزوجها بغير صداق ، لم يكن لها عليه إذا طلقها قبل الدخول إلا المتعة ، وسواء تركا ذكر المهر ، أو شرطا نفيه ، مثل أن يقول : زوجتكِ بغير مهر . فيقبله كذلك . ولو قال : زوجتك بغير مهر في الحال ، ولا في الثاني . صح أيضًا . والتفويض على ضربين : تفويض بُضْع ، وتفويض مهر ، فأما تفويض البضع : فهو الذي ذكره الخرقي وفسرناه ، وهو الذي ينصرف إليه إطلاق التفويض ، وأما تفويض المهر ؛ فهو : أن يُجْعَل الصداق إلى رأي أحدهما ، أو رأي أجنبي ، فيقول : زوجتكَ على ما شئتَ ، أو على حكمكَ أو على حكمي ، أو حكمها ، أو حكم أجنبي . ونحوه . فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول ؛ فسقط لجهالته ، ووجب مهر المثل . والتفويض الصحيح : أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها في تزويجها بغير مهر ، أو بتفويض قدره ، أو يزوجها أبوها كذلك . فأما إن زوَّجها غير أبيها ولم يذكر مهرًا بغير إذنها في ذلك ؛ فإنه يجب مهر المثل . فإذا طُلِّقَتِ المفوضةُ البُضْعَ قبل الدخول ، فليس لها إلا المتعة . نص عليه أحمد ، في رواية جماعة ، وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي ، والزهري ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى : أن الواجب لها نصف مهر مثلها ؛ لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول ، فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سَمَّى محرمًا » .

(١) البقرة : ٢٣٧ .

﴿ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ﴾ [١] . ولنا : أن هذا المفروض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل ، وهو لا يتنصف ، فكذا ما نزل منزلته . والمراد بقوله تعالى : ﴿ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ﴾ [٢] . المفروض في العقد ؛ لأنه هو المتعارف . والظاهر مذهب الشافعي .

٥٨٧ - فإذا حصلت الفرقة بين الزوجين في الأحوال التي وجب فيها مهر المثل أو المهر المفروض بعد العقد ، فإن كانت بموت أحدهما أو بعد الوطء أو الخلوة الصحيحة ، لزم مهر المثل وما فُرض بعد العقد . وإن كانت قبلهما وكانت بغير الموت ، فإن كانت من قبلها فلا تستحق شيئًا ، وإن كانت من قبله فلا يتنصف كل منهما ، بل تجب لها عليه المتعة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [٣] . أي : على الغني بقدر حاله، وعلى الفقير المُقِلِّ بقدر حاله [٤] .

(مادة ٨٨)

الخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ لاَ تَقُومُ مَقَامَ الْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ . فَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا ، وَوَقَعَ التَّفْرِيقُ أَوِ الْمُتَارَكَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ حَقِيقَةً ، فَلاَ مَهْرَ لِلْمَرْأَةِ ، وَلَوْ خَلاَ بِهَا الزَّوْجُ خَلْوَةً صَحِيحَةً . وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ الدُّخُولِ وَكَانَ قَدْ سَمَّى لَهَا الزَّوْجُ مَهْرًا ، فَلَهَا الأَقَلُّ مِنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا ، أَوْ سَمَّى مَا لاَ يَصْلُحُ مَهْرًا ، فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ بَالِغًا قَدْرُهُ مَا بَلَغَ [٥] .

* * *

(١) البقرة : ٢٣٧ . (٢) البقرة : ٢٣٧ .

(٣) البقرة : ٢٣٦ .

(٤) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٦٣) : إذا وقع الدخول بعد عقد فاسد لم يسم فيه مهر فللمرأة مهر المثل ، وإذا كان مسمى فلها الأقل من المسمى ومهر المثل .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٥٦) : إذا وقع الافتراق بعد الدخول في العقد الفاسد ينظر فإن كان المهر قد سمي يلزم الأقل من المهرين المسمى والمثل ، وإن كان المهر لم يسم أو كانت التسمية فاسدة يلزم مهر المثل بالغًا ما بلغ ، أما إذا وقع الافتراق قبل الدخول فلا يلزم المهر أصلًا .

(٥) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (١٩/٢ ، ٢٠) : « (وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها) ؛ لأن المهر لا يجب فيه بمجرد العقد ، وإنما يجب باستيفاء منافعه (وكذلك بعد الخلوة) يعني : أن المهر لا يجب فيه بالخلوة ، وكذا لو لَمَسَهَا أو قَبَّلَها أو جامعها في الدبر ؛ لأن الخلوة غير صحيحة كالخلوة بالحائض ، وهو معنى قول المشايخ : الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح (فإن دخل بها ، فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى) هذا إذا كان ثمة مُسَمًّى . أما إذا لم يكن ، =

٥٨٨ - والخلوة الصحيحة إنما تقوم مقام الوطء في النكاح الصحيح ، كما عرفته من الأسباب التي تؤكد لزوم المهر .

٥٨٩ - فلو كان النكاح فاسدًا ، فلا تقوم مقامه . فإن حصل التفريق فيه بين الزوجين من القاضي ، أو كانت المتاركة من الزوجين ، فإن كان قبل الدخول الحقيقي ، فلا مهر للمرأة أصلًا ، ولو كان بعد الخلوة الصحيحة . وأما إذا كانت الفرقة بين الزوجين بعد الدخول ، فإما أن يكون هناك مهر مسمى في العقد أو لا . فإن كان : فإما أن تكون التسمية صحيحة ، أو لا .

٥٩٠ - فإن كانت هناك تسمية في العقد وكانت صحيحة ، وجب على الزوج الأقلُّ من المسمى ومهر المثل . فإذا فرضنا أن المسمى ثمانون جنيهًا ومهر المثل مائة ، وجب المسمى لأنه الأقل ، ولو كان بالعكس بأن كان مهر المثل ثمانين والمسمى مائة ، وجب مهر المثل .

٥٩١ - وإن لم تكن هناك تسمية أصلًا أو كانت ، ولكنها فاسدة ، وجب مهر المثل بالغًا قدره ما بلغ .

= وجب مهر المثل بالغًا ما بلغ . ويعتبر الجماع في القُبُل ، حتى يصير مستوفيًا للمعقود عليه » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٧٤/٤) : « (ويستقر المهر بوطء ، وإن حرم كحائض ، وبموت أحدهما لا بخلوة في الجديد) لقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ الآية . والمراد بالمس : الجماع . وكما لا يلتحق ذلك بالوطء في سائر الأحكام من حدٍّ وغُسْل ونحوهما . والقديم : يستقر بالخلوة في النكاح الصحيح ، حيث لم يكن مانع حسي كرتق ، ولا شرعي كحيض ؛ لأنها حينئذٍ مَظِنَّةُ الوطء . أما النكاح الفاسد فلا يستقر بها قطعًا » .

قول المالكية : جاء في المدونة (٢٨/٢ ، ٢٩) : « قلت : فالنكاح الفاسد إذا دخل بها زوجها إلا أنه لم يطأها أو تصادقا على ذلك ، ثم فرقت بينهما ، كم تعتد المرأة ، قال : كما تعتد المطلقة من النكاح الصحيح ، ولا يصدق على العدة للخلوة ؛ لأنه لو كان ولد لثبت نسبه إلا أن ينفيه بلعان ، وأرى أن لا صداق لها ؛ لأنها لم تطلبه ولم تدعه . وكذلك قال مالك : وتعاض من تَلَذُّذِهِ بها إن كان تَلَذَّذَ منها بشيء . قال مالك : ولا يكون في هذا صداق ، ولا نصف صداق » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٩٣/٧) : « والخلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر ؛ لأن الصداق لم يجب بالعقد ، وإنما يوجبه الوطء ، ولم يوجد ؛ ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، فأشبه ذلك الخلوة بالأجنبية . وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة في الصحيح ؛ لأن الابتداء بالخلوة فيه كالابتداء بذلك في النكاح الصحيح ، فيتقرر به المهر كالصحيح ، والأولى أَوْلَى » .

(مادة ٨٩)

إِذَا تَزَوَّجَ صَبِيٌّ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ امْرَأَةً بِلاَ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، وَدَخَلَ بِهَا ، فَرَدَّ الْوَلِيُّ نِكَاحَهَا ، فَلاَ مَهْرَ لَهَا عَلَيْهِ ، وَلاَ مُتْعَةَ (١) .

* * *

٥٩٢ – ومحل كون المهر يتأكد وجوبه بالدخول إذا كان الزوج يملك مباشرة عقد الزواج ، فإن كان لا يملك ذلك ، فلا يتأكد المهر ، ولو حصل الدخول . فإذا تزوج صبي مميز غير مأذون له من قبل الولي بالتزوج ، فهذا العقد يكون موقوفًا على إجازة الولي ، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل .

٥٩٣ – فإذا دخل هذا الصبي بزوجته قبل إجازة الولي العقد ، وبعد الدخول رده ، فلا يُلْزَم الولي ولا الصبي بمهر ولا متعة ؛ لأن هذا الفعل غير مأذون فيه ، فكان اللازم البحث عن حالة الصبي إن كان يملك ذلك أو لا . فإذا لم يحصل ، يكون التقصير حاصلًا من جهة الزوجة ، فلا تستحق شيئًا (٢) .

---

(١) **قول الحنابلة** : جاء في المغني (٣٠٥/٤) : « وإن تزوج ، أي : المحجور عليه – ، صَحَّ النكاح بإذن وليه وبغير إذنه . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال : أبو الخطاب : لا يصح بغير إذن وليه . وهو قول الشافعي وأبي ثور ؛ لأنه تصرف يجب به مال ، فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء .

ولنا : أنه عقد غير مالي ، فصح منه كخلعه وطلاقه ، وإن لزم منه المال ، فحصوله بطريق الضِّمْن ، فلا يُمْنَع من العقد ، كما لو لَزِمَ ذلك من الطلاق » . وجاء فيه أيضًا (٤١/٧) : « إذا تزوج بغير إذنٍ . فقال أبو بكر : يصح النكاح ، أومأ إليه أحمد . قال القاضي : يعني إذا كان محتاجًا ، فإن عُدِمَتِ الحاجة لم يَجُزْ ؛ لأنه إتلاف لماله في غير فائدة .

وقال أصحاب الشافعي : إن أمكنه استئذان وليه ، لم يصح إلا بإذنه ؛ لأنه محجور عليه ، فلم يصح منه التصرف بغير إذنه كالعبد ، وإن طلب منه النكاح ، فأبى أن يزوجه ، ففيه وجهان .

ولنا : أنه إذا احتاج إلى النكاح ، فحقه متعينٌ فيه ، فصح استيفاؤه بنفسه ، كما لو استوفى دَيْنَهُ الحَالَّ عند امتناع وليه من استيفائه . فأما إن تزوج من غير حاجة ، لم يصح . فإن وطئ الزوجة ، فعليه مهر المثل ؛ لأنه أتلف بُضْعها بشبهة ، فلزمه عوض ما أتلف ، كما لو أتلف مالها » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٦٢) : المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ويعتبر فيها حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : وجوب المتعة : المادة (٥٥) : إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذٍ تجب المتعة ، والمتعة تعين حسب العُرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل .

=

(مادة ٩٠)

الْمُعْتَبَرُ فِي الْمُتْعَةِ عُرْفُ كُلِّ بَلْدَةٍ لأَهْلِهَا فِيمَا تَكْتَسِي بِهِ الْمَرْأَةُ عِنْدَ الْخُرُوجِ ، وَاعْتِبَارُهَا عَلَى حَسَبِ حَالِ الزَّوْجَيْنِ . وَيَجُوزُ دَفْعُ بَدَلِ الْمُتْعَةِ نَقْدًا ، وَلاَ تَزِيدُ عَلَى نِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ غَنِيًّا ، وَلاَ تَنْقُصُ عَنْ خَمْسَةِ دَرَاهِمَ إِنْ كَانَ فَقِيرًا . ولا تَجِبُ الْمُتْعَةُ لِمَنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَهَا مَهْرٌ مُسَمًّى ، وَلاَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا . وَتُسْتَحَبُّ لِلْمُطَلَّقَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، سَوَاءٌ سُمِّيَ لَهَا مَهْرٌ أَوْ لاَ [1] .

* * *

= وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢١) أ - تستحق كل مطلقة المتعة إذا كان الطلاق بسبب من جهة الزوج .

ب - تقدر المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة بما لا يجاوز نفقة سنة .

ج - تستثنى من أحكام الفقرة (أ) الحالات التالية :

١ - التطليق لعدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج .

٢ - التطليق لعيب في الزوجة .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٠٣/٢ ، ٣٠٤) : « (المتعة ثلاثة أثواب) : قميصٌ ، ومِلْحَفَةٌ ، ومُقَنَّعَةٌ ، وسط لا جيد غاية الجودة ولا رديء غاية الرداءة كذا في المحيط . هذا في عرفهم . وأما في عرفنا فيعتبر عرفنا . ولو أعطاها قيمة الأثواب دراهم أو دنانير ، تجبر على القبول . ثم لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص من خمسة دراهم . ويعتبر فيها حالها ، لقيامها مقام مهر المثل على قول الكرخي . فإن كانت من السِّفْلة يُمَتِّعُها من الكِرْبَاس ، وإن كانت من الوسطى يمتعها من القَزِّ ، وإن كانت مرتفعة الحال يمتعها من الإبريسم وهو الأصح . والصحيح أنه يعتبر حاله . وقيل : يعتبر بحالهما ، وهذا القول أشبه بالفقه . قال الولوالجي : وهو الصحيح وعليه الفتوى . ولا متعة للمتوفَّى عنها زوجها ، سَمَّى لها مهرًا أو لم يُسَمِّ ، دخل بها زوجها أو لم يدخل ، وكذلك كل نكاح فاسد فَرَّق القاضي فيه بينهما قبل الدخول بها وقبل الخلوة أو بعد الخلوة والزوج منكر للدخول فلا متعة فيها . والعبد بمنزلة الحر في وجوب المتعة إذا كان النكاح بإذن المولى (المتعة عندنا على ثلاثة أوجه) : متعة (واجبة) : وهي للمطلقة قبل الدخول ولم يُسَمِّ لها مهرًا ، (ومستحبة) : وهي للمطلقة بعد الدخول (ولا واجبة ولا مستحبة) وهي للمطلقة قبل الدخول وقد سَمَّى لها مهرًا » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٩٩/٤) : « (ويستحب ألا تنقص) المتعة (عن ثلاثين درهمًا) أو ما قيمته ذلك . قال في البويطي : وهذا أدنى المستحب . وأعلاه خادم ، وأوسطه ثوب . ويسن ألا تبلغ نصف مهر المثل كما قاله ابن المقري . فإن بلغته أو جاوزته ، جاز لإطلاق الآية . قال البُلْقِيني وغيره : ولا يزيد وجوبًا على مهر المثل ، ولم يذكروه . ومحل ذلك ما إذا فرضه الحاكم ، ويشهد له من كلام الأصحاب نظائر : منها أن الحاكم لا يبلغ بحُكُومةِ عضوٍ مقدرة ، ومنها أن لا يبلغ بالتعزير الحد وغير ذلك . أما إذا اتفق عليها الزوجان فلا يشترط ذلك . ويحمل على هذا كلام من اعترض على البُلْقيني وقال : الأوجه خلاف كلامه ، =

= بل مقتضى النظائر ألا يصل إلى مهر المثل إذا فرضها القاضي وهو ظاهر ، ثم إن تراضيا على شيء فذاك » .
وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٢٥) : « ما افترق فيه الصداق والمتعة . افترقا في أمور ، أحدها : أن الصداق يراعى فيه حال المرأة قطعًا ، والمتعة يراعى فيها حال الزوج على المختار وحال كليهما على المرجح عند الشيخين . الثاني : أن الصداق يستحب ألا ينقص عن عشرة دراهم ، والمتعة يستحب ألا تنقص عن ثلاثين درهمًا . الثالث : أن الصداق يجب على الزوج وغيره ، ولا تجب المتعة إلا عليه ، وأوجبها القديم على شهود طلاق المفوّضة قبل الدخول إذا رجعوا » .
قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٤١١/٥) : « المتعة مستحبة ، ومشروعيتها لجَبْر قلب المرأة من فجيعة الطلاق (والمتعة على قدر حاله) ابن عرفة : المتعة ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة ، لطلاقه إياها . المعروف أنها مستحبة يؤمر بها ولا يقضى بها . ابن شاس : والمستحب أن تكون على قدر حاله من عُسره ويُسره (بعد العدة للرجعية) ابن محرز عن ابن وهب وأشهب : إن لم يمتعها حتى ارتجعها ، سقطت . قال : فضل . وعلى هذا لا تجب في الطلاق الرجعي إلا بعد العدة (أو ورثتها) ابن رشد عن ابن القاسم : تجب لورثتها إن ماتت . ابن رشد : وتبطل بموته (لكل مطلقة في نكاح لازم) هذه عبارة ابن الحاجب ، وعبارة ابن عرفة : هي لكل مطلقة في عصمةٍ لأيام فيها ، ولا خيار على الزوج (لا فسخ كلعان وملك أحد الزوجين لأمر اختلعت أو فرض لها وطلقت قبل البناء ومختارة لعتقها أو لعيبه) وفي المدونة : لا متعة لـ : مختلعة ، ولا مصالحة ، ولا ملاعنة ، ولا مطلقة قبل البناء وقد سمي لها ، ولا من اختارت نفسها لعتقها . اللخمي : ولا من قامت لعيب ، ولا من فسخ نكاحها ولو لعارض حدث . اللخمي : وإن اشترى زوجته لم يمتعها لبقائها معه ، ولو اشترى بعضها مَتَّعَها (أو مخيرة أو مُمَلَّكَةً) روى ابن وهب عن مالك : للمخيرة والمملكة المتعة . ابن رشد : ووجه ذلك أن الطلاق فيهما إنما هو من الزوج الذي جعل ذلك إليها ، ولعلها تحتشم من اختياره وهو قد عرضها للفراق ، فتختار نفسها وهي كارهة لذلك مريدة للبقاء مع زوجها » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٦/٧ ، ١٨٧) : « المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره . نص عليه أحمد . وهو وجه لأصحاب الشافعي . ولنا قول اللّه تعالى : ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ . وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج ، وأنها تختلف . ولو أجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف ، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على المُوسع قدره وعلى المقتر قدره . إذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن أحمد فيها ، فروي عنه مثل قول الخرقي : أعلاها خادم ، هذا إذا كان مُوسرًا . وإن كان فقيرًا مَتَّعَها كسوتها درعًا وخمارًا وثوبًا تصلي فيه . ونحو ذلك قال ابن عباس ، والزهري ، والحسن . قال ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ، ثم دُون ذلك النفقة ، ثم دون ذلك الكسوة . ونحو ما ذكرنا في أدناها قال الثوري ، والأوزاعي ، وعطاء ، ومالك ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . قالوا : دِرْعٌ وخمارٌ ومِلْحَفَة .
والرواية الثانية : يرجع في تقديرها إلى الحاكم ، وهو أحد قولي الشافعي ؛ لأنه أمر لم يَرِدِ الشرع بتقديره ، وهو مما يُحتاجُ إلى الاجتهاد ، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتَهَدَاتِ .
وذكر القاضي في المجرد رواية ثالثة : أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل ؛ لأنها بدل عنه ، فيجب أن تتقدَّر به . وهذه الرواية تضعف لوجهين ، أحدهما : أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج ، وتقديرها بنصف =

٥٩٤ – وعندما يراد إعطاء المتعة للزوجة سواء كانت واجبة أو مستحبة ، فلا تتقيد بشيء مخصوص ، بل المعتبر فيها عُرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج ، فإن الملابس تختلف في القرى والأمصار ، فينظر إلى البلدة التي حصل فيها العقد وتُعْطَى بما يناسبها من أنواع الملابس .

٥٩٥ – وبعد مراعاة عرف البلد ، يقول بعضهم : يعتبر حال الزوجين ، فإن كانا غنيين ؛ فمتعة الأغنياء ، وإن كانا فقيرين ؛ فمتعة الفقراء ، وإن كانا متوسطي الحال أو مختلفيه ؛ فمتعة الوسط . ومع كلٍّ فهذا أمر لا ينضبط ؛ لأن كلاً من الأحوال الثلاثة له درجات .

٥٩٦ – وبعضهم يقول : يعتبر حال الزوج ، اتباعًا للنص ؛ وهو قوله تعالى : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ (١) . أي : على الغني بقدر حاله ، وعلى الفقير المقل بقدر حاله . وهذا هو الظاهر .

٥٩٧ – ويخير الزوج بين إعطائها الأثواب التي تليق بحاله ، وما تساويه من النقود . فإن امتنعت من أخذ النقود ، تجبر على القبول ؛ لأن الأثواب ما وجبت لعينها ، بل من حيث إنها مال .

٥٩٨ – ولكن هذا ليس على الإطلاق ، بل بشرط ألا تزيد على نصف مهر المثل إن كان الزوج غنيًا ؛ لأن الحق عند التسمية آكد وأثبت منه عند عدم التسمية ، وعند التسمية لا يزاد على نصف المسمى في المتعة الواجبة ؛ فلأن لا يزاد عند عدمها على نصف مهر المثل أولى ، وألا تنقص المتعة عن خمسة دراهم ؛ لأنها تجب على طريق العِوَض ، وأقل عوض ثبت في النكاح نصف عشرة ، فلابد في المتعة من ملاحظة هذين الأمرين .

٥٩٩ – والمتعة على ثلاثة أقسام : واجبة ، ومستحبة ، وغير مستحبة ؛ لأن المطلقة : إما

= مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة ؛ لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها . الثاني : أنا لو قدرناها بنصف المهر ، لكانت نصف المهر ؛ إذ ليس المهر معينًا في شيء ولا المتعة . ووجه قول الخرقي قول ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ، ثم دون ذلك الكسوة . رواه أبو حفص بإسناده . وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها ؛ لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك ، كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة . وروى كُنَيف السُّلَمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تُمَاضِرَ الكلبية ، فَحَمَّمَهَا بجارية سوداء . يعني : مَتَّعَها . قال إبراهيم النخعي : العرب تسمي المتعة التحميم . وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها . فإن سمح لها بزيادة على الخادم ، أو رَضِيَتْ بأقل من الكسوة ، جاز ؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، وهو مما يجوز بَذْلُهُ ، فجاز ما اتفقا عليه كالصداق . وقد روي عن الحسن بن علي ﵁ أنه مَتَّعَ امرأةً بعشرة آلاف درهم . فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق » .

(١) البقرة : ٢٣٦ .

أن تكون مدخولًا بها أو لا . فإن لم تكن مدخولًا بها : فإما أن يكون مهرها مسمى ، أو لا .

٦٠٠ - فإن لم يكن مهرها مسمى ، فهي التي وجبت لها المتعة . وإن كان لها مهر مسمى ، فلا تستحب لها المتعة . وإن كانت مدخولًا بها ، تستحب لها المتعة سواء كان لها مهر مسمى أو لا .

٦٠١ - ومثل المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى المتوفى عنها زوجها ، فلا تستحب لها المتعة . وقال الإمام الشافعي رضي اللّه تعالى عنه : تجب المتعة لكل مطلقة ، إلا للمطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى ؛ لأنها وجبت لإيحاش الزوجة بالفراق ، فتجب لكل من أوحشت به ، إلا أنه في المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى يجب نصف المهر بطريق المتعة ؛ لأن الطلاق أزال العقد ، ففي هذه الحالة يعود بُضْعها إليها سالمًا ، وذلك يقتضي سقوط المهر كله ، لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة ، وهي لا تتكرر ، فلا تجب المتعة لهذه وتجب لغيرها .

٦٠٢ - ولنا : أن المتعة خَلَف عن مهر المثل في المفوضة ؛ لأنه سقط مهر المثل ، فوجبت المتعة ، والعقد يوجب العوض وهو مهر المثل ، فكانت المتعة خَلَفًا عنه ، والخلف لا يجامع الأصل وجوبًا وهو مهر المثل إذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ، ولا يجامع شيئًا متصلًا بالأصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله .

الفصل الرابع
في شروط المهر

(مادة ٩١)

إِذَا سَمَّى الزَّوْجُ لِلْمَرْأَةِ مَهْرًا أَقَلَّ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا ، وَاشْتَرَطَ فِي نَظِيرِ ذَلِكَ مَنْفَعَةً . فَإِنَ كَانَتْ مُبَاحَةَ الانْتِفَاعِ ، وَوَفَّى بِالشَّرْطِ ، فَلَهَا الْمُسَمَّى . وَإِنْ لَمْ يُوفِ بِهِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ تَكْمِيلُ مَهْرِ الْمِثْلِ .

وَإِنْ كَانَتْ الْمَنْفَعَةُ الَّتِي شَرَطَهَا غَيْرَ مُبَاحَةِ الانْتِفَاعِ ، بَطَلَ الشَّرْطُ ، وَوَجَبَ الْمُسَمَّى ، وَلاَ يُكَمَّلُ مَهْرُ الْمِثْلِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (١٧١/٣) : « (قوله : ولو نكحها بألف على أن لا يخرجها أو على أن لا يتزوج عليها أو على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها فإن وفَّى وأقام فلها الألف وإلا فمهر المثل) بيان المسألتين : الأولى : ضابطها : أن يسمي لها قدرًا ، ومهر مثلها أكثر منه ، ويشترط منفعة لها أو لأبيها أو لذي رَحِم مَحْرَم منها . فإن وَفَّى بما شرط ، فلها المسمى ؛ لأنه صَلُح مهرًا ، وقد تمَّ رضاها به . وإلا فمهر المثل ؛ لأنه سَمَّى ما لها فيه نفع ، فعند فواته ينعدم رضاها بالمسمى ، فيكمل مهر مثلها ، كما إذا شرط أنه لا يخرجها من البلد ، أو لا يتزوج عليها ، أو أن يكرمها ولا يكلفها الأعمال الشاقة ، أو أن يُهْدِي لها هدية ، أو أن يطلق ضَرَّتَها أو على أن يُعْتِقَ أخاها ، أو على أن يزوج أباها ابنته . وعلله في المحيط بأنها تنتفع بما لأخيها وابنها ، فصارت كالمنفعة المشروطة لها . ولا بد أن يكون بصيغة المضارع في العتق والطلاق ليكون وعدًا إن وفى به فيها ، وإلا لا يلزمه الإعتاق والتطليق ويكمل لها مهر المثل .
أما إذا شرطه بالمصدر كما إذا تزوجها على ألف وعتق أخيها أو طلاق ضَرَّتِها ، عُتِقَ الأخ وطُلِّقَت المرأة بنفس النكاح ، ولا يتوقف على أن يُوقِعَهُمَا . وللمرأةِ المسمى فقط . وأما ولاء الأخ ، فإن قال الزوج : وعتق أخيها عنها . فهو لها ؛ لأنها المعتِقَة ، لتقدم الملك لها ، ويصير العبد من جملة المهر المسمى . وإن لم يقل الزوج : عنها . فهو المعتِق والولاء له ، والطلاق الواقع رجعي ؛ لأنه قوبل بالبُضْع وهو ليس بمتقوم ، وتقومه بالعقد لضرورة التملك ، فلا يعدوها ، فلم يظهر في حق الطلاق الواقع على الضُّرَة ، فبقي طلاقًا بغير بَدَل ، فكان رجعيًا . كما لو قال مولى المنكوحة للزوج : طلقها على أن أزوجك أمتي الأخرى . ففعل ، طلقت رجعية ، ولا شيء له إن لم يزوجه ؛ لأن البضع عند خروجه لا قيمة له كما في المحيط . قَيَّد بكون المنفعة المشروطة لها ؛ لأنه لو شرط مع المسمى منفعة لأجنبي ولم يُوفِّ ، فليس لها إلا المسمى ؛ لأنها ليست بمنفعة مقصودة لأحد المتعاقدين . ولا يخفى أن حكم ما إذا شرط مع المسمى ما يضرها كالتزوج عليها أنه ليس لها إلا المسمى مطلقًا بالأولى . وقيدنا بأن يكون مهر مثلها أكثر من المسمى ؛ لأن المسمى لو كان مثل مهر المثل أو أكثر منه ولم يُوفِّ بما وَعَدَ ، فليس لها إلا المسمى .

٦٠٣ – إذا تزوج رجل امرأة وجعل لها مهرًا أقل من مهر مثلها ، ولكنه اشترط شيئًا لها فيه منفعة في مقابلة النقص الذي حصل من مهر المثل ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين : إما أن يكون ما اشترط لها يباح الانتفاع به ، وإما ألا يباح .

٦٠٤ – فإن كان الأول ، كما إذا كان مهر مثلها ألفًا وخمسمائة ، وتزوجها على ألف ، بشرط أن لا يخرجها من بلدها أو بشرط أن لا يتزوج عليها ، أو بشرط أن يطلق ضُرَّتَهَا أو بشرط أن يُكْرِمَها ولا يكلفها الأعمال الشاقة ، أو بشرط أن يهدي لها الثياب الفاخرة مع الألف ، أو بشرط أن لا يخرجها من منزل أبويها . فلا يخلو الحال من أحد أمرين : إما أن يفي بالشرط ، وإما ألا يفي به .

= وأشار بما ذكره إلى أن المنفعة المشروطة لها مما يباح لها الانتفاع به ؛ لأنه لو شرط لها مع المسمى ما لا يباح الانتفاع به شرعًا كالخمر والخنزير ، فإن كان المسمى عشرة فصاعدًا ، وجب لها ، وبطل الحرام ، ولا يكمل مهر المثل ؛ لأن المسلم لا ينتفع بالحرام ، فلا يجب عوض بفواته . ثم اعلم أن صاحب الهداية ذكر أن من هذه المسألة ، أعني مسألة شرط المنفعة مع المسمى ، ما إذا شرط الكرامة والهدية مع الألف ، فظاهره أنه إن وَفَّى ، فلها المسمى . وإلا ، فلها مهر المثل كما صرح به في غاية البيان في مسألة ما إذا ظهر أحد العبدين حرًا مع أن الهدية والكرامة مجهولتان ، ولا يمكن الوفاء بالمجهول . والظاهر أنها ليست داخلة في هذه المسألة ، وإنما التسمية فاسدة ، فيجب مهر المثل ؛ ولذا قال الولوالجي في فتاويه وصاحب المحيط : لو تزوجها على ألف ، وكرامتها أو على أن يهدي لها هدية ، فلها مهر مثلها لا ينقص من الألف ؛ لأن الكرامة والهدية مجهولة القدر ، وهذه الجهالة أكثر من جهالة مهر المثل ، فيصار إلى مهر المثل ؛ فإن طلقها قبل الدخول بها ، فلها نصف الألف ؛ لأن ما زاد على الألف يثبت على اعتبار مهر المثل ، ومهر المثل لا يتنصف. وقَيَّدَ بكونه شرط لها منفعة ولم يشترط عليها رَدُّ شيء فلو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ترد عليه عبدًا، فقد بذلت البُضْع والعبد ، والزوج بذل الألف وشرط الطلاق ، فينقسم الألف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد ، فإذا كانا سواء صار نصف الألف ثمنًا للعبد ونصفها صداقًا لها . فإذا طلقها قبل أن يدخل بها ، فلها نصف ذلك ، وإن دخل بها نُظِرَ إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل ، فليس لها إلا ذلك . وإن كان أكثر ؛ فإن وَفَّى بالشرط ، فليس لها إلا الخمسمائة ، وإن أبى أن يطلق ، فلها كمال مهر المثل وتمامه . وقد علم أن وجوب مهر المثل إنما هو عند الدخول . أما إن طلقها قبله ، فلها نصف المسمى ، وبطل شرط المنفعة لها ؛ ولذا قال في المبسوط : يجوز أن يُصَار إلى مهر المثل قبل الطلاق ، ولا يُصَار إلى المنفعة بعد الطلاق كما إذا تزوجها على ألف وكرامتها . وقد يقال : إن هذه المسألة على وجوه ثلاثة ؛ لأن الشرط : إما أن يكون نافعًا لها أو لأجنبي ، أو ضارًا . وكل منها : إما أن يكون الوفاء حاصلًا بمجرد النكاح ، أو متوقفًا على فعل الزوج ، فهي ستة . وكلٌّ من الستة إما أن يكون مهر المثل أكثر من المسمى أو أقل أو مساويًا ، وكلٌّ من الثمانية عشر إما أن يكون قبل الدخول أو بعده ، وكل من الستة والثلاثين إما أن يباح الانتفاع بالشرط أو لا ، وكل من الاثنين والسبعين إما أن يشترط عليها رد شيء إليه أو لا ، وكل من المائة والأربعة والأربعين إما أن يحصل الوفاء بالشرط أو لا ، فهي مائتان وثمانية وثمانون فليتأمل .

٦٠٥ - فإن كان الأول بأن وفى بما شرط ، فلها المهر المسمى ؛ لأنه سمى ما صلح مهرًا ، وقد تَمَّ رضاها به .

٦٠٦ - وإن كان الثاني بأن لم يَفِ بالشرط ، فلها مهر مثلها ؛ لأنه سمى ما لها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل ، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف ، فيكمل مهر مثلها .

٦٠٧ - ولا بد أن تكون هذه الشروط بصيغة المضارع بأن يقول لها : تزوجتك على أن لا أخرجك من منزل أبويك (مثلًا). ليكون وعدًا إن وفى به فبها ، وإلا فلا يلزمه ويكمل لها مهر المثل . أما إذا اشترط بالمصدر كما إذا تزوجها على ألف وطلاق ضرتها أو عِتْق أخيها ، عُتِق الأخ وطَلُقت المرأة بنفس العقد . ولا يتوقف على أن يُوقِعَهُمَا . وللمرأة المسمى فقط ، وولاء الأخ يكون لها إن قال الزوج : وعتق أخيها عنها ؛ لأنها - والحالة هذه - هي المعتِقة لتقدم الملك لها ، ويصير العبد من جملة المهر المسمى . وإن لم يقل الزوج : عنها . فهو المعتِق والولاء له . والطلاق الواقع رجعي ؛ لأنه قُوبِل بالبضع وهو ليس بمتقوم وتقومه بالعقد لضرورة التملك ، فلا يتجاوزها ، فلم يظهر في حق الطلاق الواقع على الضرورة ، فبقي طلاقًا بغير بدل فكان رجعيًا .

٦٠٨ - ولا يخفى أن حكم ما إذا اشترط مع المسمى ما يضرها كالتزوج عليها ، أنه ليس لها إلا المسمى مطلقًا بالأولى ، أي: سواء وَفَّى بالشرط أو لم يَفِ . وكذلك لو كان المسمى مساويًا لمهر مثلها أو أكثر ، ولم يَفِ بما وَعَد ، فليس لها إلا المسمى .

٦٠٩ - وإن كان الثاني ، وهو أن يكون المشروط لها مع المسمى لا يباح الانتفاع به شرعًا ، كالخمر والخنزير . فإن كان المسمى عشرة فصاعدًا ، وجب لها ، وبطل الحرام ، ولا يكمل مهر المثل ؛ لأن المسلم لا ينتفع بالحرام ، فلا يجب عِوَضٌ بفواته. وقال الإمام أحمد : إذا فات الشرط فلها الخيار في الفسخ .

٦١٠ - فإذا تزوجها على أن يطلق ضُرَّتَها في أسبوع ، أو بشرط ألا يخرجها من منزل أبويها ، فإن وَفَّى فبها ، وإن لم يُوَفِّ ، فلها فسخ العقد ؛ لأنها لم تتزوجه إلا على شيء مرغوب فيه ، فصار كما إذا باع حِصَانًا على أنه للسبق وهو بخلافه ، فللمشتري رده لفوات الوصف المرغوب فيه ، ولقوله عليه الصلاة والسلام: « **أحق الشرط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج** » (١) . وهو ظاهر .

---

(١) صحيح البخاري (كتاب : الشروط / باب : الشروط في المهر عند عقدة النكاح / ٢٧٢١) ، وسنن الترمذي =

٦١١ - ولنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « **كل شرط ليس في كتاب الله تعالى ، فهو باطل** » (١) . وليست هذه الشروط فيه .

٦١٢ - وقال عليه الصلاة والسلام : « **المسلمون على شروطهم ، إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا** » (٢) . وهذه الشروط تحرم الحلال كالتزوج عليها والمسافرة بها ونحو ذلك ، فكانت مردودة .

(مادة ٩٢)

إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا عَلَى أَنَّهَا بِكْرٌ ، فَإِذَا هِيَ ثَيِّبٌ ، وَجَبَ عَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ لاَ الزِّيَادَةُ (٣) .

* * *

(مادة ٩٣)

إذا اشترط الزوج بكارة المرأة فوجدها ثيبًا يلزمه كل المهر المسمى وإن لم يكن مسمى يلزمه مهر المثل ولا ينقص لثيوبتها .

٦١٣ - ومثل اشتراط الزوج شيئًا لها فيه منفعة في نظير النقص عن مهر المثل ، اشتراطه وصفًا مرغوبًا فيه عند الزوجة في نظير الزيادة على مهر المثل . فإذا تزوج رجل امرأة بأزيد من مهر مثلها ، واشترط في مقابلة الزيادة وصفًا يُرْغَب فيه كالبكارة والجمال . فإن وجد ما اشترطه لزمه كل المسمى ، وإن لم يوجد فلا يلزمه إلا مهر المثل ، وتسقط عنه الزيادة ؛ لأنه ما أتى بها إلا في مقابلة وصف ولم يوجد ، فلا تستحق .

= (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح / ١١٢٧) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : الشروط في النكاح / ٣٢٨٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الرجل يشترط لها دارها / ٢١٣٩) .

(١) سنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك / ٣٤٥١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الأحكام / باب : المكاتب / ٢٥٢١) .

(٢) سنن الترمذي (كتاب : الأحكام عن رسول / باب : ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس / ١٣٥٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : الأقضية / باب : في الصلح / ٣٥٩٤) .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٠٨/١) : « ولو تزوجها بأزيد من مهر مثلها على أنها بِكْر فإذا هي ثيب ، لا تجب الزيادة » .

٦١٤ - فإذا لم يقابل الوصف المرغوب فيه بشيء من المهر ، بل اشترطه كما إذا تزوج امرأة بشرط أنها بِكْر أو جميلة مثلًا ، فوجدها بخلاف ما اشترط . فإن كان هناك مهر مسمى في العقد لزمه ، وإن لم يكن هناك مسمى وجب مهر المثل ولا ينقص منه شيء ؛ لأن النكاح لا يثبت فيه خيار العيب كما عرفته في مادة (١٦) ، فارجع إليه تجد شرح هذه المشكلة وأقوال الأئمة فيها بما لا مزيد عليه .

(مادة ٩٤)

إِذَا تَرَدَّدَ الزَّوْجُ فِي الْمَهْرِ كَثْرَةً وَقِلَّةً بَيْنَ صَبَاحَةِ الْمَرْأَةِ وَقَبَاحَتِهَا ، صَحَّ الشَّرْطَانِ ، وَوَجَبَ الْمُسَمَّى فِي أَيِّ شَرْطٍ وُجِدَ (١) .

* * *

٦١٥ - فيؤخذ مما تقدم أنه ليس هناك إلا تسمية واحدة سواء كانت أقل من مهر المثل أو مساوية له أو أكثر منه على حسب الأحوال المتقدمة . أما إذا سمى لها مهرًا على تقدير وآخر على تقدير آخر ، كما إذا تزوجها على ألف إن أقام بها في هذا البلد وعلى

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٤٥/١) : « تزوج امرأة على ألفي درهم إن كانت جميلة ، وعلى ألف إن كانت قبيحة . قالوا : يصح النكاح والشرطان عندهم بالاتفاق ، حتى لو كانت جميلة كان المهر ألفي درهم، وإن كانت قبيحة كان المهر ألفًا ؛ لأنه لا خَطَر في التسمية ؛ لأنها إما أن تكون قبيحة أو جميلة» .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٧٨/٣) : « (إذا شُرِط) في العقد (في أحد الزوجين حرية أو نسب ، أو جمال ، أو يَسَار ونحوها من صفات الكمال) كشباب وبكارة (أو ضدها) من صفات النقص ، أو كان مما لا يتعلق به نقص ولا كمال كما فهم بالأولى وصرح به الأصل (أو السلامة) من العيوب أو (إسلام المنكوحة) أو إسلام الزوج والزوجة كتابية (فبان خلافه ، صح النكاح) ؛ لأن تبدل الصفة ليس كتبدل العين ، فإن البيع لا يفسد بخُلْفِ الصفة مع تأثره بالشروط الفاسدة ، فالنكاح أولى » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٦٨/٨) : « (وإن شرطها بِكْرًا ، أو جميلة ، أو نسيبة ، أو شرط نَفْيَ العيوب التي لا يَنْفَسِخ بها النكاح ، فبانت بخلافه فهل له الخيار ، على وجهين) وهما روايتان . وأطلقهما في : الكافي ، والمغني ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والحاوي الصغير ، وابن رزين في غير البِكْر .

إحداهما : له الخيار . واختاره صاحب الترغيب ، والبلغة ، والناظم ، وابن عبدوس في تذكرته ، والشيخ تقي الدين رحمه الله ، وقدمه في الرعايتين . وهو الصواب .

والثاني : ليس له الخيار . جزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجي، وقدمه ابن رزين في البِكْر ، وجزم به في المستوعب في النسيبة » .

ألفين إن أخرجها منه ، أو على ألف إن طلق ضرتها وعلى ألفين إن أبقاها على ذمته ، أو على ألف إن كانت قبيحة وعلى ألفين إن كانت جميلة ، صح الشرطان ووجب المسمى في أي شرط وجد . فإن أقام بها في المثال الأول فلها الألف ، وإن أخرجها فلها الألفان ، وهكذا في كل مثال من هذا القبيل ، لرضا كلٍّ منهما بمهر مخصوص في حالة مخصوصة ، فيسري عليهما هذا الرضا ، وهو مذهب الصاحبين ، وهو في غاية الظهور .

٦١٦ – وقال أبو حنيفة : إن وَفَّى فلها الألف ، وإلا فمهر المثل، ولكن لا يزيد عن الألفين لرضاها .

٦١٧ – وفي هذا المقام خبط وتشويش في بعض الكتب ، ولكن هذا أحسن ما قيل [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٦٠) : ١ – المهر حق للزوجة ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بدفعه إليها بالذات إن كانت كاملة الأهلية ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلًا خاصًا بقبضه .
٢ – لا تسري على المهر المعجل أحكام التقادم ولو حرر به سند ما دامت الزوجية قائمة .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٦٤) : ينفذ على البِكر ولو كانت كاملة الأهلية قبض وليها لمهرها إذا كان أبًا أو جدًا لأب ولم تنه الزوج عن الدفع إليه .

الفصل الخامس
في قبض المهر وما للمرأة من التصرف فيه

(مادة ٩٥)

لِلأَبِ وَالْجَدِّ وَالْوَصِيِّ وَالْقَاضِي وِلايَةُ قَبْضِ الْمَهْرِ لِلْقَاصِرَةِ، بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا ، وَقَبْضُهُمْ مُعْتَبَرٌ يَبْرَأُ بِهِ الزَّوْجُ ، فَلاَ تُطَالِبُهُ الْمَرْأَةُ بَعْدَ بُلُوغِهَا.

وَالْمَرْأَةُ الْبَالِغَةُ تَقْبِضُ مَهْرَهَا بِنَفْسِهَا ، فَلاَ يَجُوزُ لأَحَدٍ مِنْ هَؤُلاَءِ قَبْضُ مَهْرِ الثَّيِّبِ الْبَالِغَةِ إِلاَّ بِتَوْكِيلٍ مِنْهَا ، وَلاَ قَبْضُ مَهْرِ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ إِذَا نَهَتْ عَنْ قَبْضِهِ ، فَلَوْ لَمْ تَنْهَ فَلَهُمْ قَبْضُهُ (١) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٠) : « وللأب قبض صداق ابنته البِكْر صغيرة كانت أو بالغة ، ويبرأ الزوج بقبضه .

أما الصغيرة فلا شك فيه ؛ لأن له ولاية التصرف في مالها . وأما البالغة فلأنها تستحي من المطالبة به بنفسها كما تستحي عن التكلم بالنكاح ، فَجُعِل سكوتها رضًا بقبض الأب كما جُعِل رضًا بالنكاح ؛ ولأن الظاهر أنها ترضى بقبض الأب ؛ لأنه يقبض مهرها فيضم إليه أمثاله ، فيجهزها به . هذا هو الظاهر ، فكان مأذونًا بالقبض من جهتها دلالة حتى لو نهته عن القبض لا يتملك القبض ولا يبرأ الزوج .

وكذا الجد يقوم مقامه عند عدمه ، وإن كانت ابنته عاقلة وهي ثيب فالقبض إليها لا إلى الأب ، ويبرأ الزوج بدفعه إليها ، ولا يبرأ بالدفع إلى الأب .

وما سوى الأب والجد من الأولياء ليس لهم ولاية القبض ، سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، إلا إذا كان الولي وهو الوصي ، فله حق القبض إذا كانت صغيرة كما يقبض سائر ديونها . وليس للوصي حق القبض إلا إذا كانت صغيرة » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٣/ ٢٩٢) : « وقبضه مجبر ووصي المراد بالمجبر : الأب في البكر وإن عَنَسَتْ وفي الثيب إن صَغُرت ، والسيد في أمته ثَيِّبَتْ أم لا بَلَغَتْ أم لا ، وأيضًا للوصي قبض الصداق ولو لم يجبر ، لكن عطفه على المجبر يشعر بأنه غير مجبر » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/ ١٩٩) : « ولا يبرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه إلى من يتسلم مالها ؛ فإن كانت رشيدة ، لم يبرأ إلا بالتسليم إليها أو إلى وكيلها . ولا يبرأ بالتسليم إلى أبيها ولا إلى غيره ، بكرًا كانت أو ثيبًا . قال أحمد : إذا أخذ مهر ابنته وأنكرت ، فذاك لها ، ترجع على زوجها بالمهر ، ويرجع الزوج على أبيها . فقيل له : أليس قال النبي ﷺ : « **أنت ومالك لأبيك** » ، قال : نعم ، ولكن هذا لم يأخذ منها ، إنما أخذ من زوجها » .

٦١٨ - قد علمت مما تقدم أن الولاية تنقسم إلى : ولاية على النفس ، وولاية على المال . وأن الشخص متى كان مكلفًا ، ثبتت له الولاية على نفسه . فإن كان غير مكلف ، ثبتت الولاية لغيره . وقد عرفت ذلك الغير من ترتيب الأولياء في عقد الزواج .

٦١٩ - وأما الولاية على المال ، فتثبت لصاحبه ، فكل شخص سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا تثبت له الولاية على ماله ، إذا لم يكن هناك سبب من أسباب الحَجْر . فإن وجد واحد منها ، ثبتت لغيره الولاية على ماله ، وذلك الغير ينحصر في ستة وليس لغيرهم ولاية على المال أصلًا ، وهم مرتبون على هذا الترتيب : الأب ، ثم وَصِيُّهُ ، ثم الجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا ، ثم وَصِيُّهُ ، ثم القاضي ، ثم وَصِيُّهُ .

٦٢٠ - ومن ضمن أسباب الحجر : الصِّغَر ، فمتى كان الشخص صغيرًا سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ، ثبتت الولاية على ماله للأب . فإن لم يكن الأب موجودًا ، فوصيه ، فإن مات الأب ولم يُوصِ إلى أحد ، أو كان الأب موجودًا ولكن ليس أهلًا للولاية، فالولي هو الجد الصحيح ؛ فإن لم يكن موجودًا فوصيه ؛ فإن مات ولم يُوصِ إلى أحد ، فالولي هو القاضي لما له من النظر العام ؛ فإن شاء القاضي تولى بنفسه ، وإن شاء أقام وصيًا يتصرف في أموال الصغار بما فيه المصلحة لهم .

٦٢١ - وبما أن المهر ملك للزوجة ومن ضمن أموالها ، والصغر من أسباب الحَجْر ، فإن كانت الزوجة صغيرة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا ، فولاية قبض مهرها تكون لمن ذُكِروا على الترتيب الذي عرفته . ومتى قبضه واحد منهم ، برئت ذمة الزوج منه ، فليس للزوجة مطالبته به ولو بعد البلوغ ، بل تأخذه ممن قبضه من الزوج ؛ لأن الزوج قد دفعه لمن له الولاية شرعًا ، فيكون هذا الدفع معتبرًا تبرأ به ذمته ، ومتى برئت ذمة شخص من دين فلا يعود هذا الدين إليه ، فليس للزوجة إذن حق في مطالبته .

٦٢٢ - وإن كانت بالغة عاقلة غير سفيهة ، فلها أن تقبض مهرها بنفسها بدون معارضة لها من أحد ولو كان الأب ؛ لأن ولاية أموالها لها في هذه الحالة . فإن شاءت تولت هي قبض المهر بنفسها ، وإن شاءت وكلت من تختاره في قبض مهرها ، سواء كانت بِكرًا أو ثيبًا .

٦٢٣ - إلا أنه لا يجوز لواحد من هؤلاء قبض مهر الثيب إلا بتوكيل صريح منها . وأما البكر فلهم قبضه إذا لم يحصل منها نهي صريح عن قبضه . والفرق بينهما : أن العادة جارية بأن الأب يقبض مهر البكر ليضم إليه شيئًا من ماله ويجهزها به ، بخلاف

الثيب فإن كانت في العادة الثيب كذلك ، كانت مثل البكر .

(مادة ٩٦)

لَيسَ لأَحَدٍ مِنَ الأَوْلِيَاءِ غَيْرِ مَنْ ذُكِرَ فِي المَادَّةِ السَّابِقَةِ وَلاَ لِلأُمِّ قَبْضُ صَدَاقِ القَاصِرَةِ ، إِلاَّ إِذَا كَانَ وَصِيًّا عَلَيْهَا . فَإِذَا كَانَتِ الأُمُّ وَصِيَّةَ ابْنَتِهَا وَقَبَضَتْ مَهْرَهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ ثُمَّ أَدْرَكَتْ ، فَلَهَا أَنْ تُطَالِبَ أُمَّهَا بِهِ دُونَ زَوْجِهَا . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الأُمُّ وَصِيَّةً ، وَقَبَضَتْهُ عَنْ بِنْتِهَا القَاصِرَةِ ، فَلِلْبِنْتِ بَعْدَ الإِدْرَاكِ أَنْ تُطَالِبَ زَوْجَهَا ، وَهُوَ يَرْجِعُ عَلَى الأُمِّ . وَكَذَلِكَ الحُكْمُ فِي سَائِرِ الأَوْلِيَاءِ غَيْرِ مَنْ ذُكِرَ قَبْلُ (١) .

٦٢٤ – فيؤخذ مما تقدم أنه ليس لغير الأب والجد والقاضي ووصيهم ولاية قبض المهر أصلًا وإن ثبتت له الولاية في التزويج ، كالأخ والعم والأم. فكل منهم ليس له ولاية قبض المهر من حيث كونه أخًا أو عمًّا أو أمًّا.

٦٢٥ – فإذا اتصف واحد منهم بصفة تُثْبِت له الولاية على المال ، مَلَك ذلك من هذه الجهة ، كما إذا أقيم واحد منهم وصيًّا ، سواء كانت إقامته من قِبَل الأب أو الجد أو القاضي . فإذا توفي شخص وله أخ وأولاد صغار ، وأقام أخاه وصيًّا على أولاده ، كانت له الولاية على نفس الأولاد من جهة كونه عمًّا ، وعلى ما لهم من جهة كونه وصيًّا . وإذا كان لهذا الرجل المتوفى ابن كبير وأقامه وصيًّا ، ثبتت له ولاية النفس والمال على الصغار وهم إخوته . وإذا أقام زوجته التي هي أم الأطفال وصية ، ثبت لها عليهم الولايتان .

٦٢٦ – فإذا أعطى الزوج المهر إلى واحد من هؤلاء أو غيرهم ، وكان وصيًّا ، برئت ذمة الزوج من المهر . فإذا بلغت البنت ، فليس لها أن تطالبه به ، وإنما تطالب من أخذه ؛ لأن الزوج أعطاه إلى من يستحق أخذه ، فتبرأ ذمته ، فلا يدفعه .

٦٢٧ – أما إذا أعطاه إلى واحد من هؤلاء ، ولم يكن وصيًّا ، فالبنت بعد البلوغ تخير مرة ثانية في أخذ المهر ممن استلمه أو من الزوج وهو ظاهر ؛ لأنه قَصَّر في هذه

---

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣١٩/١) : « امرأة زَوَّجَتْ بنتها وهي صغيرة ، وقبضت صداقها ، ثم أدركت . فإن كانت الأم وصيتها ، فلها أن تطالب أمها بالصداق دون زوجها . وإن لم تكن الأم وصيتها ، لها أن تطالب زوجها ، والزوج يرجع على الأم ، وكذا في غير الأب والجد من الأولياء » .

الحالة ؛ إذ أعطاه إلى من ليست له الولاية عليه ، فلا تبرأ ذمته أمام الزوجة ، فتطالبه به . فإن أخذته من غير الزوج فبها ؛ لأنه أعطاها ما استلمه من الزوج، وإن أخذته من الزوج فله أن يرجع على من دفعه إليه ، سواء كان الأم أو غيرها ؛ لأنه حينئذٍ يكون دفع المهر مرتين ، الأولى لغير المستحِق والثانية للمستحق وهي الزوجة ، فيرجع على غير المستحِق بما أعطاه له (١) .

(مادة ٩٧)

الْمَهْرُ مِلْكُ الْمَرْأَةِ ، تَتَصَرَّفُ فِيهِ كَيْفَ شَاءَتْ بِلاَ أَمْرِ زَوْجِهَا مُطْلَقًا، وَبِلاَ إِذْنِ أَبِيهَا أَوْ وَجَدِّهَا عِنْدَ عَدَمِهِ أَوْ وَصِيِّهِمَا إِنْ كَانَتْ رَشِيدَةً . فَيَجُوزُ لَهَا : بَيْعُهُ ، وَرَهْنُهُ ، وَإِجَارَتُهُ ، وَإِعَارَتُهُ ، وَهِبَتُهُ بِلاَ عِوَضٍ مِنْ زَوْجِهَا وَمِنْ وَالِدَيْهَا وَمِنْ غَيْرِهِمْ (٢) .

* * *

٦٢٨ - وبما أن المهر ملك الزوجة فلها أن تتصرف فيه ، ولا يكون للزوج حق في معارضتها أصلًا ؛ لأنه لا ولاية له على أموالها ولا على نفسها إلا بما يحفظ شرفه ونسبه ، فلها أن تتصرف بغير إذنه ، سواء كانت رشيدة أو غير رشيدة ، وبلا إذن أبيها أو جدها عند عدمه أو وصيهما إن كانت رشيدة .

٦٢٩ - فإن لم تكن رشيدة بأن كانت صغيرة أو بالغة غير عاقلة أو عاقلة ولكنها مبذرة في أموالها ، فالولاية تكون للأب ووصيه إلى آخر من عرفتهم، وحينئذٍ فهو الذي يتصرف ، فإن أرادت التصرف بنفسها وكانت صغيرة مميزة أو كبيرة معتوهة أو سفيهة ،

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٤٣) المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت ولا يعتد بأي شرط مخالف .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢/٢٩٠) : « المهر ملك المرأة وحقها ؛ لأنه بدل بُضْعها ، وبُضْعها حقها ومِلْكها . والدليل عليه قوله ﷻ : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ . أضاف المهر إليها ، فدل أن المهر حَقُّها ومِلْكُهَا ، وقوله ﷻ : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ مِّنْهُ ﴾ . أي : من الصداق ؛ لأنه هو المكْنَى السابق ، أباح للأزواج التناول من مهور النساء إذا طابت أنفسهن بذلك ؛ ولذا علق ﷺ الإباحة بطيب أنفسهن ، فدل ذلك كله على أن مهرها ملكها وحقها ، وليس لأحد أن يهب ملك الإنسان بغير إذنه ، ولهذا لا يملك الولي هبة غيره من أموالها ، فكذا المهر » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٧/٢٢٦) : « الصداق ملك المرأة ، وليس لأحد أن ينتفع بمِلْك غيره إلا بإذنه ، ذكره المتولي » ، وانظر : أسنى المطالب (٣/١٢٠) .

فلا ينفذ تصرفها إلا إذا أذن لها صاحب الولاية . فإن تصرفت بغير إذنه ، كان تصرفها موقوفًا على إجازته ؛ فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل .

٦٣٠ - فلها إن كانت رشيدة أن تتصرف في المهر بما شاءت وكيف شاءت ، ولها أن تملك نفس الشيء أو منفعته لغيرها ، سواء كان زوجها أو أباها أو أمها أو غيرهم ، وسواء كان هذا التمليك بعوض أو بغير عوض . فإذا ملكت الشيء نفسه إلى غيرها بعوض سمي بيعًا ، وإذا ملكته إلى غيرها بغير عوض كان هبة ، وإن ملكت منفعته إلى الغير بعوض فهو إجارة ، وإن ملكتها بغير عوض فهو إعارة ؛ لأن الإعارة هي : تمليك المنفعة بغير عوض . وإذا كانت مدينة لشخص في مبلغ وأعطت له المهر مشترطة عليه أنها متى دفعت له مبلغ الدين يعطيه لها ، كان هذا رهنًا ؛ لأن الرهن هو : حبس شيء مالي بحق مالي يمكن استيفاء الحق من هذا الشيء كلاً أو بعضًا .

(مادة ٩٨)

إِذَا وَهَبَتِ الْمَرْأَةُ مَهْرَهَا كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ لِزَوْجِهَا بَعْدَ قَبْضِهِ بِتَمَامِهِ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِهِ إِنْ كَانَ مِنَ النَّقْدَيْنِ أَوْ مِنَ الْمَكِيلاَتِ أَوِ الْمَوْزُونَاتِ . فَلَوْ لَمْ تَقْبِضْهُ أَوْ قَبَضَتْ نِصْفَهُ ، فَوَهَبَتْ الْكُلَّ فِي الأُولَى أَوْ مَا بَقِيَ وَهُوَ النِّصْفُ فِي الثَّانِيَةِ ، لاَ رُجُوعَ .

وَلَوْ وَهَبَتْهُ لأَجْنَبِيٍّ ، وَسَلَّطَتْهُ عَلَى قَبْضِهِ ، فَقَبَضَهُ مِنْ زَوْجِهَا أَوْ مِنْ ضَامِنِهِ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِهِ أَيْضًا.

فَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ كَالْعُرُوضِ ، وَوَهَبَتْ زَوْجَهَا النِّصْفَ أَوِ الْكُلَّ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلاَ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ مُطْلَقًا .

وَلَيْسَ لأَبِي الصَّغِيرَةِ أَنْ يَهَبَ شَيْئًا مِنْ مَهْرِهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٦/٦٤ - ٦٦) : « وإذا وهبت المرأة لزوجها مهرها ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، ولم تكن قبضت منه شيئًا ، لم يكن لواحد منهما على صاحبه شيء . وفي القياس : يرجع عليها زوجها بنصفه ، وهو قول زفر رحمه الله . ووجه القياس : أنها بالهبة استهلكت الصداق ، فكأنها قبضته ثم استهلكته ، فللزوج أن يرجع عليها بنصفه . ووجه الاستحسان : أن مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له عند الطلاق من غير عوض ، وقد حصل له هذا المقصود قبل الطلاق ، فلا يستوجب شيئًا آخر عند الطلاق ، كمن عليه الدين المؤجل إذا عجّله لم يجب لصاحب الدين عند حلول الأجل شيء ، وهذا لأن الأسباب غير =

= مطلوبة لأعيانها ، بل لمقاصدها ، فإذا كان ما هو المقصود واجبًا حاصلًا ، فلا عبرة باختلاف السبب .
وعلى هذا لو كان الصداق عينًا فقبضته ، ثم وهبته من الزوج ، القياس : أن هذا وهبتها من الأجنبي سواء فعند الطلاق يرجع الزوج عليها بنصفه ، وفي الاستحسان : مقصود الزوج قد حصل بعود الصداق إليه بعينه من غير عوض .
ولو كان الصداق دينًا فقبضته ، ثم وهبته من الزوج ، رجع الزوج عليها بنصفه عند الطلاق ؛ لأن حق الزوج عند الطلاق هنا ليس في عين المقبوض ولكن الخيار إليها تعطيه من أي موضع شاءت ، فهبتها هذا المقبوض منه كهبتها مالًا آخر . وفي الأول حق الزوج عند الطلاق في نصف المقبوض بعينه ، وقد عادت إليه بالهبة .
وحُكِي عن زُفَر رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قال : إذا تزوجها على ألف درهم بعينها ، فقبضتها ، ثم وهبتها منه ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، لم يرجع عليها بشيء بناءً على أصله أن النفوذ في العقود يتعين . ولكن هذا لا يستقيم إلا أن يكون في المسألة روايتان عن زفر ، إحداهما مثل جواب الاستحسان ، فيخرج هذا على تلك الرواية .
ولو قَبَضَتْ منه النصف ، ووهبت له النصف ، ثم طلقها لم يرجع واحد منهما على صاحبه في قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ . وعندهما يرجع عليها بنصف المقبوض . وجه قولهما : أن هبة نصف الصداق قبل القبض حَطٌّ منه ، والحَطُّ يلتحق بأصل العقد ويخرج به المحطوط من أن يكون عِوَضًا ؛ فكأنه تزوجها على ما بَقِيَ وقبضت منه ثم طلقها ، والجزء معتبر بالكل فيما وهبت وفيما قبضت ، وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ يقول : لو قَبَضَتْ النصف ، ولم تَهَبْ منه الباقي حتى طلقها ، لم يرجع عليها بشيء ، فلو رجع عليها بعد الهبة إنما يرجع بسبب الهِبة ، والهبة تبرع ، فلا توجب الضمان على المتبرع فيما تبرع به ؛ ولأن مِلْكها في نصف الصداق قبل الدخول قوي وفي النصف الآخر ضعيف يسقط بالطلاق ، فَيُجْعَل المقبوض مما قَوِي ملكها فيه ؛ لأن القبض مقرر للملك . وإنما يتقرر ملكها في المقبوض إذا تعين فيه النصف الذي سُلِّمَ لها بعد الطلاق ، فتبين أنها وهبت النصف الذي كان للزوج بالطلاق ، وقد سُلِّمَ له قبل الطلاق مَجَّانًا . وعلى هذا لو قبضت ستمائة ، ووهبت له أربعمائة ، ثم طلقها قبل الدخول ، عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : يرجع عليها بمائةٍ ؛ لأن الموهوب من النصف الذي كان يُسَلَّم للزوج بالطلاق ، وقد سُلِّمَ له قبل الطلاق مَجَّانًا ؛ لأن الموهوب من النصف الذي هو حق الزوج بعد الطلاق فإنما بقي إلى تمام حقه مائة درهم . وعندهما : يرجع عليها بثلاثمائة درهم ؛ لأن المحطوط صار كأن لم يكن ، وإنما يرجع عليها بنصف المقبوض .
ولو قبضت الصداق كله ، ووهبته لأجنبي ، ثم وهبه الأجنبي من الزوج ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، رجع عليها بنصفه ، العين والدين سواء في ذلك ؛ لأن مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له من جهتها عند الطلاق ، ولم يسلم له ذلك ، وإنما سلم له مال من أجنبي آخر بالهبة . وتبدل المالك بمنزلة تبدل العين ، فكانت مُسْتَهْلِكَةً للصداق . وكذلك لو كانت باعت الصداق من زوجها ، ثم طلقها ، رجع عليها بنصفه ، فإن مقصوده لم يحصل ، فإن العين إنما وصلت إليه ببدل عقد ضمان .
ولو وهبت الصداق لأجنبي قبل القبض ، فقبض الأجنبي ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، رجع عليها بنصفه ؛ لأن قبض الأجنبي بتسليطها كقبضها بنفسها » ، وجاء في الفتاوى الهندية (١/ ٢٩٠) : « ليس للأب أن يَهَبَ مهر ابنته عند عامة العلماء » .

= **قول الشافعية** : جاء في أسنى المطالب (٢١٩/٣) : « (من وهبت صداقها) لزوجها (ثم طلقت قبل الدخول ، فإذا أصدقها عينًا ووهبتها له ، ثم طلقها قبل الدخول ، رجع) عليها (بنصف البدل) من مِثْلٍ أو قيمة ؛ لأنه تملكها قبل الطلاق عن غير جهته ، فأشبه لو ملكها من أجنبي . ولأنها صرفتها بتصرفها إلى جهة مصلحتها ، فأشبه ما لو وهبتها من أجنبي سواء أكانت الهبة بلفظها أم بلفظ التمليك أو العفو . وإنما استعمل العفو في هبة المهر مع أنه لا يستعمل في هبة غيره لظاهر القرآن (ولو شرطت) في هبتها له (ألا يرجع) في البدل (إن طلق فسدت الهبة) لوجود الشرط الفاسد (إذا وهبته نصف الصداق المعين) ثم طلقها قبل الدخول (رجع) عليها (بنصف الباقي وبدل ربع الكل) ؛ لأن الهبة وردت على مطلق النصف ، فيشيع فيما أخرجته وما أبقته (ومتى كان) الصداق (دَيْنًا فأبرأته) منه (أو وهبته له) ثم طلقها قبل الدخول (لم يرجع) عليها بشيء بخلاف هبة العين . والفرق : أنها في الدَّيْن لم تأخذ منه مالًا ولم تتحصل على شيء بخلافها في هبة العين (فإن سلمه) أي : الدين ، أي : بذله لها (ثم وهبته) له ثم طلقها قبل الدخول (فكالمعين) أي : فكهبة الصداق المعين في عقد النكاح (وإن أبرأته من النصف) ثم طلقها قبل الدخول (فهل يسقط عنه نصف الباقي أم يلزمه لها) الباقي فلا يسقط عنه شيء منه فيكون ما أبرأته منه محسوبًا عن حقه كأنها عجلته ، (وجهان) أوجههما : الثاني ، أخذًا مما رجحوه في هبة نصف العين على القول بأن هبتها كلها تمنع الرجوع . ووقع في الروضة التعبير بالنصف الباقي بأل ، قال في المهمات : وهو غلط ، وصوابه نصف الباقي كما في الرافعي ، وبه عبر المصنف كما رأيتَ » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٢١٨/٥ - ٢٢٣) : « (وإن وهبت له الصداق أو ما يصدقها به قبل البناء ، جُبِر على دفع أقله قبله وبعده أو بعضه ، فالموهوب كالعدم) سيأتي أن هذا يشرط أن يشهد على الزوج بالقبول . اللخمي : هبة المرأة مهرها لزوجها ولو قبل البناء جائزة ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ ﴾ الآية . ويؤمر الزوج إن وهبته إياه قبل البناء ألا يبني حتى يقدم ربع دينار ؛ لئلا يتدرع للنكاح على غير مهر . وفي المَوَّازِيَّة : يُجْبَر على دفع ربع دينار . المُتَيْطِي : ويذكر في عقد الهبة قبول الزوج ذلك ، وهو معنى الحيازة فيه إن لم تكن قبضته ، ولو سقط ذكر قبوله ، وماتت قبل أن يشهد الزوج بالقبول ، بَطَلَتِ الهبة على قول ابن القاسم وبه العمل (إلا أن تهبه على دوام العشرة) من المدونة : إن وهبت جائزة الأمر مهرها لزوجها ، وطلقها قبل البناء ، لم يرجع عليها بشيء ، ولو وهبته نصفه ، فله الرجوع عليها إن قبضته أو لها عليه إن لم تقبضه . عبد الحميد : هذا إن كانت الهبة ليست لأجل الزوجية وإرادة بقائها ، فلا ترجع عليه في طلاقها بشيء ، وإن كان لإرادة البقاء للزوجية فسارع فطلقها ، فلها الرجوع . المُتَيْطِي : إن كانت الهبة بعد العقد على ألا يتزوج أو لا يتسرى أو لا يُخْرِجها ، تَمَّت له ما أقام على شرطه ، وله مخالفة شرطه ، فترجع عليه بما وضعته (كعطيته لذلك) اللخمي : إن أعطته مالًا على إمساكها ، ففارقها بالقرب ، فلها الرجوع في عطيتها ، وإن فارقها بعد طول يرى أنه غرضها ، فلا رجوع لها ، وإلا فله بقدر ذلك فيما يرى . قال ابن رشد : لا فرق في وضع المرأة صداقها عن زوجها أن تضعه عنه وتسكت ، أو تقول له : على ألا تطلقني أبدًا ، فإنها ترجع عليه متى ما طلقها كان ذلك بالقرب أو بعد طول من الزمان (فيفسخ ، وإن أعطته سفيهة ما ينكحها به ثبت النكاح ويعطيها من ماله مثله) سمع عيسى بن القاسم : إن أعطته بِكْر دنانير على أن يتزوجها فسخ نكاحه قبل البناء =

٦٣١ – فقد بان لك أن المرأة متى كانت رشيدة فلها أن تتصرف في مهرها بما أرادت ، فيجوز لها هبة المهر لزوجها .

٦٣٢ – فإن وهبته له ، وطلقها بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة ، فلا يرجع واحد منهما على الآخر بشيء ؛ لأنها قبضت كل ما تستحقه ، وتصرفت فيه. وقد تأكد بعد الاستحقاق بالدخول ، فلا رجوع لواحد منهما على الآخر .

= ثم رجع إلى ثبوته وإن لم يبق وعليه ما أصدقها من ماله ، وإن أعطته ثيب ذلك ؛ فإن زادها عليه ربع دينار ، فلا بأس (وإن وهبته لأجنبي ، وقبضه ، ثم طلق ، اتبعها ولم ترجع عليه) ابن عرفة : خامس الأقوال من المدونة : إن وهبت مهرها لأجنبي ، وقبض الموهوب له جميعه قبل الطلاق ، لم يرجع عليه الزوج بشيء ، وكانت الزوجة يوم الهبة مُوسِرة أو مُعسِرة أو الآن يتبعها الزوج بنصفه (إلا أن تبين أن الموهوب صداق وإن لم يقبضه ، أجبرت هي والمطلق إن أيسرت يوم الطلاق) من المدونة : إن وهبت مهرها لأجنبي ، فلم يقبضه الموهوب له حتى طلقت قبل البناء ، فإن كانت موسرة يوم طلقها فللموهوب أخذ الزوج به ، وللزوج الرجوع عليها بنصفه ، وإن كانت يوم طلقها معسرة ، حَبَس الزوجُ نصفه ودفع نصفه إلى الموهوب له » .

قول الحنابلة: جاء في المغني (١٩٧/٧) : « إذا أصدق امرأته عينًا ، فوهبتها له ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، فعن أحمد فيه روايتان ، إحداهما : يرجع عليها بنصف قيمتها . وهو اختيار أبي بكر وأحد قولي الشافعي ؛ لأنها عادت إلى الزوج بعقد مستأنف ، فلا تُمْنع استحقاقها بالطلاق ، كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبتها لأجنبي ثم وهبتها له . والرواية الثانية : لا يرجع عليها . وهو قول مالك ، والمزني ، وأحد قولي الشافعي ، وهو قول أبي حنيفة ، إلا أن تزيد العين أو تنقص ثم تهبها له ؛ لأن الصداق عاد إليه ، ولو لم تهبه لم يرجع بشيء ، وعقد الهبة لا يقتضي ضمانًا ؛ ولأن نصف الصداق تُعَجِّل له بالهبة .

فإن كان الصداق دَيْنًا ، فأبرأته منه . فإن قلنا : لا يرجع ثَمَّ ، فهاهنا أولى . وإن قلنا : يرجع ثَمَّ . خرج هاهنا وجهان ، أحدهما : لا يرجع ؛ لأن الإبراء إسقاطُ حَقٍّ وليس بتمليك كتمليك الأعيان ، ولهذا لا يفتقر إلى قبول . والثاني : يرجع ؛ لأنه عاد إليه بغير الطلاق ، فهو كالعين ، والإبراء بمنزلة الهبة ، ولهذا يصح بلفظها .

وإن قبضت الدين منه ، ثم وهبته له ، ثم طلقها ، فهو كهبة ؛ لأنه تعين بقبضه . وقال أبو حنيفة : يرجع هاهنا ؛ لأن الصداق قد استوفته كله ثم تصرفت فيه ، فوجب الرجوع عليها ، كما لو وهبته أجنبيًا . ويحتمل ألا يرجع ؛ لأنه عاد إليه ما أصدقها ، فأشبه ما لو كان عينًا فقبضتها ، ثم وَهَبَتْهَا ، أو وهبته العين ، أو أبرأته من الدين ، ثم فسخت النكاح بفعلٍ من جهتها ، كإسلامها أو ردتها أو إرضاعها لمن ينفسخ نكاحها برضاعه . ففي الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما في الرجوع بالنصف سواء .

وإن أصدقها عبدًا ، فوهبته نصفه ، ثم طلقها قبل الدخول ، انبنى ذلك على الروايتين . فإن قلنا : إذا وهبته الكل ، لم يرجع بشيء . رجع هاهنا في ربعه . وعلى الرواية الأخرى ، يرجع في النصف الباقي كله ؛ لأنه وَجَدَهُ بعينه . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والمزني ، وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشيء ؛ لأن النصف حصل في يده ، فقد استعجل حَقَّه . وقال الشافعي في أحد أقواله كقولنا . والثاني : له نصف النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب . والثالث : يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف .

ولنا : أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه ، فأشبه ما لم تهبه شيئًا » .

٦٣٣ - وأما إذا وهبته له ، وطلقها قبل الدخول ، فللمسألة صور وأحكام مخصوصة ؛ لأنه : إما أن يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين : كالنقود ، أو على ما يتعين بالتعيين : كالبيت ، والفرس ، وقطعة من الأرض .

٦٣٤ - المهر في كلٍّ إما أن يكون كله مقبوضًا أو غير مقبوض ، أو بعضه مقبوضًا والبعض غير مقبوض . وكل واحد على وجهين ؛ لأن المرأة : إما أن تهب الكل ، أو البعض .

٦٣٥ - **وإليك الأحكام** :

٦٣٦ - فإن تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين ، بأن تزوجها على ألف جنيه مثلًا ، وقبضته ، ثم وهبته للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، يرجع عليها بخمسمائة جنيه ؛ لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت بالطلاق قبل الدخول ؛ فإنه ينصف الصداق بالنصف ، ولم يصل إليه عين ما يستوجبه بالهبة ؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ ؛ لأن الفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد .

٦٣٧ - ولهذا لو سمى لها دراهم وأشار إليها ، كان له أن يحبسها ويدفع مثلها جنسًا ونوعًا وقدرًا وصفةً . ولا يلزمها رد عين ما أخذت بالطلاق قبل الدخول ، فكانت هبة هذا الألف كهبة ألف آخر ، وهي إذا وهبت له ألف جنيه غير الألف الذي قبضته مهرًا وطلقها قبل الدخول ، فلا شك في أن يرجع عليها بنصف ما قبضت فكذا هنا. وإذا لم يصل إليه عين ما استوجبه ، ثبت له الرجوع .

٦٣٨ - فلو لم تقبض الزوجة الألف وهو المهر في الصورة المتقدمة ، ثم وهبته كله له ، فطلقها قبل الدخول ، لم يرجع عليها بشيء لحصول المقصود وهو براءة ذمته . وفي القياس : يرجع عليها بنصف الصداق ، وهو قول زفر ؛ لأن المهر سَلِم له بالإبراء ، وما سَلِم له بالإبراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته مما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ، فالزوج سلم له غير ما يستحق ، فلا تبرأ المرأة عما يستحقه .

وجه الاستحسان : أن ما يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول هو براءة ذمته عن نصف المهر ، وقد وصل إليه ذلك ، لكن بسبب آخر وهو الإبراء ، ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ؛ لأنه غير مقصود بنفسه كمن يقول لغيره : لك عليَّ ألف جنيه ثمن هذا البيت الذي اشتريته منك . فقال له الآخر : البيت بيتك ، ولي عليك ألف جنيه قرضًا . لزمه المال لحصول المقصود ، وإن كذبه في السبب وهو بيع البيت .

٦٣٩ - ولو قبضت النصف وهو خمسمائة ، ثم وهبته الألف كله - أي : المقبوض

وغيره - ، ثم طلقها قبل الدخول ، لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة . وقال الصاحبان : يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارًا للبعض بالكل ؛ لأنها لو قبضت الكل ووهبته للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول ، يرجع عليها بنصف ما قبضت ، فيكون الأمر كذلك إذا قبضت البعض .

٦٤٠ - ولأن هبة البعض الذي لم تقبضه حَطٌّ ، والحَطُّ يلتحق بأصل العقد ، فكأنه تزوجها ابتداءً على الخمسمائة المقبوضة ؛ ولأبي حنيفة : أن مقصود الزوج بالطلاق قبل الدخول سلامة نصف المهر بغير عوض ، وقد حصل له ، فلا يستوجب أخذ شيء منها . والحَطُّ لا يلتحق بأصل العقد في النكاح ، ألا ترى أنه يجوز عقد الزواج وإن بقي بعد الحَطِّ أقل من عشرة دراهم ولو كان يلتحق بأصل العقد لما جاز كما لا يجوز الإنشاء على أقل من عشرة دراهم ، ولهذا لا تتنصف الزيادة على المهر بعد العقد إذا طلقها قبل الدخول بها ، ولو كانت تلتحق لتنصفت . وعقد الزواج مخالف لعقد البيع ؛ إذ الحط والزيادة يلتحقان بعقد البيع لا بعقد النكاح ، والسبب في ذلك أن النكاح ليس عقد مبادلة ومغابنة ، فلا تمس الحاجة إلى رفع الغبن ، والبيع عقد مغابنة ومرابحة فتقع الحاجة إلى رفع الغبن ، ولا يمكن ذلك إلا بالالتحاق بأصل العقد . والظاهر مذهب الإمام .

٦٤١ - وعلى هذا الخلاف : لو وهبت النصف الباقي في ذمته ، ولم تهب من المقبوض شيئًا ووجه كل ما تقدم ؛ فإن قبضت أكثر من النصف ووهبت الباقي ، فإنها ترد عليه ما زاد على النصف عنده كما لو قبضت ستمائة ووهبت أربعمائة ؛ فإنه يرجع بمائة، وعندهما يأخذ منها نصف المقبوض ، فترد ثلاثمائة . ولو وهبته مائتين ، يرجع عليها بثلاثمائة تتميمًا للنصف . وأما إذا قبضت أقل من النصف ، ووهبت الباقي ، فهو معلوم بالأولى .

٦٤٢ - ولو كان المهر مكيلًا أو موزونًا أو شيئًا آخر غير الدراهم والدنانير في الذمة فحكمه في جميع ما ذكرناه كحكمها ؛ لعدم تعينه . وهذا كله إذا وهبته للزوج ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت .

٦٤٣ - وهذا كله إذا وهبته للزوج فإذا وهبته لغير الزوج ، وسلطته على قبضه منه ، فأعطاه الزوج له أو استلمه ممن كان ضامنًا الزوجَ في دفعه ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، فله الرجوع عليها بنصفه أيضًا ؛ لأن الزوج أو ضامنه سلم المهر إلى من ملكته الزوجة له بالهبة ، فكان كلاً منهما أعطاه لها ، فيرجع الزوج عليها بالنصف بالطلاق قبل الدخول ؛ لأنه تبين أنها لا تستحق إلا النصف وهو قد سلمها الكل .

٦٤٤ - فإن كان المهر مما يتعين بالتعيين كالبيت مثلًا ، فوهبت لزوجها الكل ، ثم طلقها قبل الدخول ، فلا يرجع عليها بشيء ، سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده . والقياس : أنه يرجع عليها بنصف قيمته ، وهو قول زفر ؛ لأن استحقاقه لجهة الطلاق كما مر ، ولم يحصل له من تلك الجهة . **وجه الاستحسان** : أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعينه في الفسخ كما تعين في العقد ، ولهذا لم يكن لكل واحد منهما دفع شيء آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر دينًا وكانت الهبة بعد القبض ، حيث يرجع عليها بالنصف ؛ لأن حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين. ولهذا لو دفعت شيئًا آخر مكانه ، جاز بخلاف ما إذا باعت الصداق الذي يتعين بالتعيين من زوجها فطلقها قبل الدخول ؛ فإنه يرجع عليها بالنصف ؛ لأنه وإن كان وصل إليه عين ما يستحقه إلا أنه وصل إليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل ، فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول ؛ فلذلك يرجع عليها بنصف المهر . فإذا وهبت له أقل من النصف والموضوع أن المهر يتعين بالتعيين ، وقبضت الباقي ، فإنها ترد ما زاد على النصف . ولو وهبت له أكثره أو النصف ، فلا يرجع عليها بشيء .

٦٤٥ - ولو وهبت المهر لأجنبي وسلطته على قبضه ، فقبضه من الزوج ، ثم وهبه الأجنبي للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، رجع عليها بنصف الصداق مطلقًا ، أي : سواء كان المهر مما يتعين بالتعيين أو لا يتعين ؛ لأنه لم يسلم إليه النصف من جهتها . هذا كله إن كانت رشيدة كما عرفت .

٦٤٦ - فإن كانت غير رشيدة ، بأن كانت صغيرة أو بالغة غير رشيدة، فلا يجوز لها أن تهب شيئًا من مالها ، لأن تصرفات الصغير المميز إن كانت ضارة له ضررًا محضًا تقع باطلة مثل الهبة ؛ فإن فيها إخراج الشيء عن الملك بلا عوض أصلًا ، وأي ضرر أشد من ذلك .

٦٤٧ - ولا يجوز لأبيها أن يهب شيئًا من مهرها لا للزوج ولا لغيره ؛ لأن تصرفات الولي مقيدة بالمصلحة ، ولا مصلحة هنا . ومثل الأب غيره من أولياء المال بالطريق الأولى .

(مادة ٩٩)

لاَ تُجْبَرُ الْمَرْأَةُ عَلَى فَوَاتِ شَيْءٍ مِنْ مَهْرِهَا لاَ لِزَوْجِهَا وَلاَ لأَحَدٍ مِنْ أَوْلِيَائِهَا وَلاَ لِوَالِدَيْهَا . وَإِذَا مَاتَتْ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْفِي جَمِيعَ مَهْرِهَا ، فَلِوَرَثَتِهَا مُطَالَبَةُ زَوْجِهَا أَوْ وَرَثَتُهُ بِمَا يَكُونُ بَاقِيًا بِذَمَّتِهِ مِنْ مَهْرِهَا ، بَعْدَ إِسْقَاطِ نَصِيبِ الزَّوْجِ الآيِلِ لَهُ مِنْ إِرْثِهَا ، إِنْ عُلِمَ مَوْتُهَا قَبْلَهُ .

* * *

٦٤٨ - والشخص لا يجبر على تركه ملكه لغيره أصلًا ، إلا إذا كان لمصلحة عامة ، كالطريق العام مثلًا فإنه يؤخذ منه ملكه بقيمته - ولو جَبْرًا عليه - ، وحينئذٍ لا تجبر المرأة على فوات شيء من مهرها لأحد ما ، سواء كان زوجًا أو أبًا أو أمًّا أو غيرهم .

٦٤٩ - فإن استلمت جميع المهر من زوجها فبها ، وإلا فلها الحق في طلبه منه في أي وقت شاءت دون سواها ؛ إلا إذا كانت غير رشيدة ، فإن الطلب يكون لوليها لا لها .

٦٥٠ - وإذا ماتت قبل أن تستوفي جميع مهرها ، فحينئذٍ يكون للورثة الحق في مطالبة الزوج بالمهر إن كان الزوج حيًّا موجودًا . فإن مات طالبت ورثتُها ورثته بما يكون باقيًا بذمته من مهرها ، ولكن بعد إسقاط نصيب الزوج الآيل له من إرثها ؛ لأنه من ضمن الورثة . فإذا فرضنا أن المهر كان مائتي جنيه ، وماتت الزوجة قبل أن تستوفي شيئًا منه ، وتركت زوجها وأمها وبنتها وأختها الشقيقة ، فللورثة الحق في أن يطلبوا الزوج بالمهر بعد إسقاط نصيبه ، وهو هنا خمسون جنيهًا ؛ لأن الزوج له الربع عند وجود الفرع الوارث للمتوفى وهي البنت هنا .

٦٥١ - ولو كانت الزوجة استوفت نصف المهر قبل وفاتها ، طالبت الورثة الزوج إن كان حيًّا أو ورثته بالباقي بعد إسقاط نصيبه ، وهو هنا خمسة وعشرون جنيهًا ، والأم تأخذ السدس لوجود الفرع الوارث ، والبنت لها النصف ، والأخت لها الباقي بطريق التعصيب ؛ لأنها صارت عصبة مع البنت . ومحل إسقاط نصيب الزوج من المهر أو ما بقي منه إن كان وارثًا لها ، بأن عُلِم موتها قبله ؛ لأن شرط التوريث تحقق حياة الوارث بعد موت المورِّث أو إلحاقه بالأحياء تقديرًا ، فإن لم يعلم ذلك بأن سقط بيت على الزوجين أو غَرِقا في سفينة فأُخرِجا ميتين من تحت الردم أو من البحر ، ولم يُدْرَ من الذي مات منهما أولًا ، فلا نورث أحدهما من الآخر ، وحينئذٍ لا نسقط له شيئًا من المهر ، بل يؤخذ بتمامه إن لم تكن قبضت منه شيئًا ، أو ما بقي منه ويعطى لغيره من ورثتها .

الفصل السادس
في ضمان المهر وهلاكه واستهلاكه واستحقاقه

(مادة ١٠٠)

وَلِيُّ الزَّوْجِ أَوِ الزَّوْجَةِ يَصِحُّ ضَمَانُهُ مَهْرَهَا في حَالِ صِحَّتِهِ ، صَغِيرَةً كَانَتِ الزَّوْجَةُ أَوْ كَبِيرَةً . بِشَرْطِ قَبُولِهَا الضَّمَانَ في المَجْلِسِ إِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً ، أَوْ قَبُولِ وَلِيِّهَا إِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً .

وَلاَ يَصِحُّ ضَمَانُهُ في مَرَضِ مَوْتِهِ ، إِنْ كَانَ المَكْفُولُ لَهُ أَوْ عَنْهُ وَارِثًا لَهُ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثًا ، صَحَّ ضَمَانُهُ بِقَدْرِ ثُلُثِ مَالِهِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (١٨٧/٣ ، ١٨٨) : « (وصح ضمان الولي المهر) ؛ لأنه من أهل الالتزام ، وقد أضافه إلى ما يقبله ، فيصح . والمراد به أنه في الصحة .

أما في مرض الموت فلا ؛ لأنه تبرع لوارثه في مرض موته ، وكذلك كل دين ضمنه عن وارثه أو لوارثه كما في الذخيرة . وأما إذا لم يكن وارثًا له فالضمان في مرض الموت من الثلث ، كما صرحوا به في ضمان الأجنبي ، وأطلق في الولي ، فشمل ولي المرأة وولي الزوج الصغيرين والكبيرين . أما ولي الزوج الكبير فهو وكيل عنه كالأجنبي ، وولايته عليه ولاية استحباب ، وحكم ضمان مهره كحكم ضمان الأجنبي ، فإن ضمن عنه بإذنه رجع ، وإلا فلا كما في فتح القدير .

وأما إن كان صغيرًا بأن زوج ابنه ، وضمن للمرأة مهرها ؛ فلأن الولي سفير ومُعَبِّر فيه وليس بمباشر ، بخلاف ما إذا اشترى له شيئًا ، ثم ضمن عنه الثمن للبائع ، حيث لا يصح ضمانه ؛ لأنه أصيل فيه ، فيلزمه الثمن ضَمِن أو لم يَضْمَن .

ولا بد في صحته من قبول المرأة كما في الذخيرة كغيره من الكفالات . والمجانين كالصبيان في ذلك كذا في الخانية . واستفيد من صحة الضمان أن لها مطالبة الولي ومطالبة الزوج ، وإذا بلغ لا قبله ؛ لأنه ليس من أهله ، وأنه لو أَدَّى الأبُ من مال نفسه ؛ فإنه لا رجوع له على الصغير ؛ لأن الكفيل لا رجوع له إلا بالأمر ، ولم يوجد ، لكن ذكر في الذخيرة أنه إن شرط الرجوع في أصل الضمان فله الرجوع كأنه كالإذن من البالغ في الكفالة .

وفي فتاوى الولوالجي : لا رجوع له إلا إذا أشهد عند الأداء أنه يؤدي ، ليرجع عليه . وفي فتح القدير : ولا يخفى أن هذا - أعني عدم الرجوع إذا لم يُشْهِد - مقيد بما إذا لم يكن للصغير مال . ا هـ . وفي البزازية : أنه إذا أشهد عند الأداء أنه أدى ليرجع ، رجع وإن لم يشهد عند الضمان » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٣٦/٣ ، ١٣٧) : « (دين الصداق) بأن كان دينًا لا عينًا في نكاح صبي أو مجنون واجب (في مال الصبي والمجنون) وذمتهما وإن لم يشرطه الأب عليهما (ولا يضمنه الأب) بغير ضمان كالثمن فيما إذا اشترى لها شيئًا (فإن ضمن ليرجع) بما يؤديه (فقصد الرجوع) هنا (كإذن المضمون عنه) فإن ضمن بقصد الرجوع وغرم رجع ، وإلا فلا (ولو ضمن بشرط براءة الابن فسد الضمان والصداق) لفساد الشرط كما في نظيره في الضمان والرهن » . =

٦٥٢ - **اعلم أن الضمان هو الكفالة التي هي** : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالدَّيْن أو بغيره . فإذا كان شخص مدينًا لآخر في خمسين جنيهًا مثلًا ، وكفل المدينَ شخصٌ آخرُ بهذا المبلغ ، وقَبِل الدائنُ ذلك ، كان هذا كفالة ؛ لأن الشخص الذي ضمن الدين ضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلي في المطالبة بالدين ، فبعد أن كان الدائن ليس له إلا مطالبة مدينه ، صار بهذا الضمان له الحق في مطالبة الضامن أيضًا ، الأول : بطريق الأصالة والثاني : بطريق الكفالة ، فالمدين الأصلي يسمى مكفولًا عنه ، والدائن يسمى مكفولًا له ، والدين يسمى مكفولًا به ، والشخص الذي ضمن المدين يسمى كفيلًا ، وهذا العقد يسمى كفالة .

= **قول المالكية** : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٠٤/٣) : « ورَجَع لأب وذي قَدْرِ زَوَّجَ غيره وضامن لابنته النصف بالطلاق يعني أن الأب إذا زوج ولده الصغير أو الرشيد وضمن صداقه ، أو ذا القَدْر إذا زوج غيره على أن الصداق عليه ، أو الأب زوج ابنته لأجنبي وضمن الصداق لها عنه ، فطلق الولد بعد بلوغه أو من معه قبل الدخول ، فأخذت الزوجة نصف الصداق ، فإن النصف الآخر يرجع للأب المزوج ولده ، أو لذي القدر المزوج غيره ، والضامن لابنته ، وليس للزوج فيه حق ، لأن المعطي إنما قصد بالالتزام أن يكون على حكم الصداق . ولو اطلع على فساد النكاح ، رجع لمن ذكر جميع الصداق . يريد : إذا وقع التفريق قبل البناء ، وإلا فلها المسمى بالدخول كما مَرّ وإليه الإشارة بقوله : (والجميع بالفساد) ففاعل رجع في كلام المؤلف هو النصف ، وبالطلاق متعلق برجع ، وكذلك للأب ، والتقدير : ورجع للأب نصف الصداق بالطلاق . وذي القدر وضامن لابنته معطوفان على المجرور وهو لأب ولا يرجع أحد منهم إلا أن يصرح بالحَمَالة أو يكون بعد العقد أي : ولا يرجع أحد من الأب وذي القدر والضامن لابنته على الزوج بما أخذت منه الزوجة من نصف أو كل على ما مَرّ إن كان التزام من ذُكِر عن الزوج بلفظ الحمل كان في العقد أو بعده ؛ إذ الحمل لا يقصد به إلا القربة ؛ لأنه عطية لا رجوع فيها لمعطيها . وإن كان التزام من ذُكِر عن الزوج بلفظ الحَمَالة يرجع كان في العقد أو بعده كحمالة الديون ، وإن كان التزام من ذُكِر عن الزوج بغير اللفظين ، بل كان بلفظ الضمان أو عليَّ أو عندي أو نحو ذلك ، فإن كان حين العقد حُمِل على الحمل ، وإن كان بعده حُمِل على الحمالة . فقوله : أو يكون ، أي : الدفع أو الضمان ونحوه بعد العقد . ثم إن كلام المؤلف حيث لا عُرْفَ ولا قرينةَ تخالف ما ذكره من التفصيل . وأما إن وُجِد عُرْف يخالفه ، كما إذا جرى العرف بأن من دفع عن شخص صداقه أو تحمل به عنه بأي لفظ يرجع به ؛ فإنه يعمل بذلك . وكذا إن قامت قرينة تدل على ذلك » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (١٣٨/٥) : « ولو قيل له : ابنكَ فقير ، من أين يؤخذ الصداق ، فقال : عندي . ولم يزد على ذلك لزمه (وإن دفع الأب الصداق عن ابنه الصغير أو الكبير ، ثم طلق الابن قبل الدخول ، فنصف الصداق) الراجع (للابن دون الأب ، وكذا لو ارتدت) الزوجة (قبل الدخول فرجع) الصداق (جميعه) فهو للابن دون الأب ولو قبل بلوغ ؛ لأن الابن هو المباشر للطلاق الذي هو سبب استحقاق الرجوع بنصف الصداق ، فكان ذلك لمتعاطي السبب دون غيره ؛ ولأنه بانفساخ العقد عاد إليه عرضه (وليس للأب الرجوع فيه) أي : فيما عاد إلى الابن بالطلاق أو الردة ونحوهما من الصداق (بمعنى الرجوع في الهبة) لأن الابن ملكه من غير أبيه ؛ لأنه ملكه من الزوجة ، وله تملكه من حيث إنه يتملك من مال ولده ما شاء بشرطه ، وما تقدم من أن الراجع للابن قال ابن نصر الله : محله ما لم يكن زَوَّجَهُ لوجوب الإعفاف عليه فإنه يكون للأب » .

٦٥٣ - فمتى كان شخص مدينًا لغيره ، وكفل هذا الدين ثالث وكان من أهل الالتزام ، وقبِل الكفالة الدائن ، صح هذا ، ويطالب الدائن من شاء منهما بالدين ، فإن أخذه من المدين الأصلي فلا رجوع له على أحد ؛ لأنه دفع ما عليه ، وإن أخذه من الكفيل يرجع على المدين ويأخذه منه إن كان أمره بالضمان ؛ لأنه صار قاضيًا دينَ غيرِه بإذنه ، فيأخذه منه ، وإن لم يأمره بالضمان فلا يأخذ منه شيئًا بغير رضاه ؛ لأنه قضى دين غيره بغير إذنه ، فهو متبرع فلا يأخذ منه شيئًا جبرًا عنه .

٦٥٤ - ولا يخفى أن الزوج مدين لزوجته في المهر ؛ إذ هو الملزم بدفعه . فإذا ضمنه شخص ، صح هذا الضمان ، سواء كان الضامن أجنبيًا من الزوجين أو وليًا لأحدهما أو لهما .

٦٥٥ - فإن كان أجنبيًا وضمن المهر ، وأداه للزوجة ، يرجع به على الزوج إذا كان الضمان بأمره . فإن لم يكن بإذنه ، فلا يأخذ منه شيئًا جبرًا لما عرفته مما تقدم .

٦٥٦ - وإن كان ولي أحدهما أو وليهما ، وضمن المهر للزوجة : فإما أن يكون الضمان في حال صحته ، وإما أن يكون في حال مرضه مرض الموت . وعلى كلٍّ : فإما أن يكون المكفول له - وهو الزوجة - أو عنه - وهو الزوج - وارثًا للضامن ، أو غير وارث له .

٦٥٧ - فإن كان الضمان في حال الصحة ، فلا كلام في صحته، سواء كان المكفول له وارثًا أو غير وارث ، وسواء كان الزوج كبيرًا أو صغيرًا ؛ لأن الولي من أهل الالتزام ، وقد أضافه إلى ما يقبله ، فيصح . إلا أنه إن كان الضامن ولي الزوج ، يشترط لصحته قبول الزوجة في مجلس الضمان إن كانت مكلفة ، فإن كانت غير مكلفة يشترط قبول وليها في المجلس أيضًا.

٦٥٨ - فإن كان الضامن ولي الزوجة ، فلا يشترط قبول أحد في المجلس ؛ لأن إيجابه يقوم مقام القبول عنها ، وينفذ الضمان في هذه الحالة التي هي حالة الصحة من كل مال الضامن . فإذا فرضنا أن المهر مائة جنيه، وضمنه الولي ، وماله لا يساوي إلا هذا المبلغ ، فللزوجة أخذه . ولو كان أكثر ، أخذت منه بقدر المهر . فلو كان ماله أقل من المضمون ، أخذت الكل ، ورجعت بما بقي على الزوج ، ولا حق لأحد من الورثة في المعارضة ؛ لأن الشخص متى كان صحيحًا فله أن يتصرف في جميع أمواله بكل ما أراد لمن أراد ، ما لم يكن محجورًا عليه بسبب من أسباب الحجر .

٦٥٩ - وإن كان ضمان الولي المهرَ في حال مرضه مرض الموت ، فإن كان المكفول عنه وارثًا ، فلا يصح هذا الضمان إلا بإجازة بقية الورثة . فإذا زوج رجل ابنه وهو مريض وكان له أولاد سواه ، وضمن عنه المهر ، فلا يصح إلا إذا أجازته الورثة ؛ لأن

الضمان في مرض الموت يعتبر وصية ، ولا وصية لوارث ، وحينئذٍ فلا حق للزوجة في أخذ المهر من مال أبي الصغير إذا لم تُجِزِ الورثة ؛ لأن الضمان غير صحيح . فإن أجازته ، فلها هذا الحق ؛ لأن المنع لحقهم ، وقد أسقطوه .

٦٦٠ – وهكذا الحكم فيما إذا كان المكفول له وارثًا . فإذا زوج رجل بنته وهو مريض ، وضمن لها المهر ، فهو كما تقدم . ولا يخفى أنه لو انحصر إرث الضامن في المكفول له أو عنه، صح ؛ لأن المنع كان لحق الورثة ، ولم يوجد سواه .

٦٦١ – ومثل هذا ما إذا كان كلٌّ من المكفول له والمكفول عنه وارثًا ، كما إذا زوج رجل بنته لابن أخيه الذي هو وليه ، وضمن عنه المهر ، وليس له وارث يحجب ابن الأخ ، فإن الضمان لا يصح إلا بإجازة بقية الورثة .

٦٦٢ – فإن كان كلٌّ من المكفول له والمكفول عنه غير وارث للضامن، نفذ الضمان من كل المال إن أجازته الورثة ، وإن لم يجيزوه نفذ من الثلث فقط . فإذا زوج رجل له ابن ابن أخيه الذي هو وليه – وهو مريض – بنت رجل آخر بمائة جنيه مثلًا ، وضمن المهر عنه ، فإن أجاز ابنه هذا الضمان نفذ من كل المال، وللمرأة أخذ هذا المهر من كل ماله ؛ لأن الابن الذي هو مستحق أسقط حقه ، وإن لم يجزه ، نفذ من ثلث مال الضامن ؛ لأن ابن الأخ في هذه الحالة غير وارث ؛ إذ هو محجوب بالابن ، وحينئذٍ ينظر إلى أموال الضامن، فإن كانت المائة المضمونة تخرج من ثلثه بأن كان ماله ثلاثمائة جنيه أو أكثر ، أَخَذَت كل المهر . وإن كانت لا تخرج من الثلث بأن كانت جميع أمواله مائة وخمسين جنيهًا مثلًا ، أخذت خمسين ، وترجع بالباقي على الزوج .

(مادة ١٠١)

لِلْمَرْأَةِ الْمَكْفُولِ مَهْرُهَا أَنْ تُطَالِبَ بِهِ أَيًّا شَاءَتْ مِنَ الزَّوْجِ بَعْدَ بُلُوغِهِ أَوِ الضَّامِنِ ، سَوَاءٌ كَانَ وَلِيَّهَا أَوْ وَلِيَّهُ . وَإِذَا أَدَّى الضَّامِنُ ، رَجَعَ عَلَى الزَّوْجِ إِنْ أَمَرَهُ بِالضَّمَانِ عَنْهُ ، وَإِلاَّ فَلاَ رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِ .

٦٦٣ – والمكفول له مُخير في أخذ دينه ممن أراد من الكفيل أو الأصيل ، فالمرأة إن كانت بالغة فهي مخيرة في هذا ، فلها أن تطالب زوجها بعد بلوغه أو الضامن ، سواء كان وليه أو وليها متى كان الضمان صحيحًا ، سواء كان الزوج صغيرًا أو كبيرًا ، ومثله الزوجة .

٦٦٤ - فإن كان الضامن هو ولي الزوج وكان كبيرًا ، صح الضمان ؛ لأنه وكيل فهو كالأجنبي ، وولايته عليه ولاية استحباب ، فحكم ضمانه مهرها كحكم ضمان الأجنبي ، فإن ضمن عنه بإذنه رجع ، وإلا فلا .

٦٦٥ - وأما إن كان الزوج صغيرًا ، والضامن هو وليه أيضًا ، بأن زوج ابنه وضمن للمرأة مهرها ، فإن الضمان يصح أيضًا ؛ لأن الولي سفير ومعبر فيه ، فلا ترجع حقوق العقد إليه وإن كان مباشرًا ، بخلاف ما إذا اشترى له شيئًا ، ثم ضمن عنه الثمن للبائع، حيث لا يصح ضمانه ؛ لأنه أصيل فيه ، فيلزمه الثمن ضمن أو لم يضمن .

٦٦٦ - وأما إذا كان الضامن ولي الزوجة وكانت كبيرة ، فصحة الضمان ظاهرة ؛ لأنه كالأجنبي إذا ضمن لها المهر ، ويثبت لها الخيار إن شاءت طالبت زوجها إن كان كبيرًا وهي أهل للمطالبة أو الولي ، ويرجع الولي بعد الأداء على الزوج إن ضمن بأمره ، سواء كانت الكبيرة عاقلة أو مجنونة .

٦٦٧ - وأما إذا كانت صغيرة ، وزوَّجها الأب ، وضمن لها مهرها ، صح في هذه الحالة ؛ لأنه سفير ومعبر ، فلا ترجع إليه الحقوق ، وإنما ملك قبض مهر الصغيرة بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد . ولهذا لا يملكه بعد بلوغها إلا برضاها صريحًا أو دلالة ، بأن تسكت وهي بِكْر ، بخلاف ما إذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري ؛ فإنه لا يصح ؛ لأنه أصيل فيه ؛ ولذا ترجع حقوق العقد إليه ، ويصح تأجيله الثمن وإبراؤه المشتري عندهما خلافًا لأبي يوسف ؛ لكنه يضمن للولد لتعديه بالتأجيل والإبراء ، ويملك قبض الثمن بعد بلوغه ، فلو صح الضمان لصار ضامنًا لنفسه .

(مادة ١٠٢)

إِذَا زَوَّجَ الأَبُ ابْنَهُ الصَّغِيرَ الْفَقِيرَ امْرَأَةً ، فَلاَ يُطَالَبُ بِمَهْرِهَا إِلاَّ إِذَا ضَمِنَهُ . فَإِنْ ضَمِنَهُ وَأَدَّاهُ عَنْهُ ، فَلاَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ، إِلاَّ إِذَا أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ التَّأْدِيَةِ أَنَّهُ أَدَّاهُ لِيَرْجِعَ بِهِ . وَلَوْ مَاتَ أَبُو الصَّغِيرِ الْفَقِيرِ قَبْلَ أَدَاءِ الْمَهْرِ الَّذِي ضَمِنَهُ عَنْهُ ، فَلِلْمَرْأَةِ أَخْذُهُ مِنْ تَرِكَتِهِ وَلِبَاقِي الْوَرَثَةِ حَقُّ الرُّجُوعِ بِهِ فِي نَصِيبِ الصَّغِيرِ مِنْ مِيرَاثِ أَبِيهِ . وَلَوْ كَانَ لِلصَّغِيرِ مَالٌ يُطَالَبُ أَبُوهُ - وَلَوْ لَمْ يَضْمَنْ الْمَهْرَ عَنْهُ - بِدَفْعِهِ مِنْ مَالِ ابْنِهِ لاَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ ، لِمَا لَهُ مِنْ وِلاَيَةِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ أَوْلاَدِهِ الصِّغَارِ .

٦٦٨ - فقد بان لك مما تقدم أن الأب إذا زوج ابنه الكبير ، وضمن مهر امرأته ، أو ضمن المهر أجنبي ، طُولب كلٌ منهما بالمهر بحكم الكفالة . فإن أداه رجع على الزوج ، سواء أشهد كلٌ منهما عند الأداء أنه أداه ليرجع أو لم يُشْهِد إذا كان الضمان بإذن الزوج .

٦٦٩ - وأما إذا زوج الأب ابنه الصغير : فإما أن يكون له مال ، أو لا.

٦٧٠ - فإن كان له مال ، طُولب الأب بدفع المهر منه ، سواء ضمن أو لم يضمن ؛ لأنه له الولاية في مال أولاده الصغار ، وما دام لهم مال فلا يلزمه شيء لهم حتى النفقة عليهم ، فإنها تكون في مالهم .

٦٧١ - وإن لم يكن له مال بأن كان فقيرًا ، فإن لم يضمن المهر عنه ، فلا يطالب به ؛ لأن النكاح وإن لم ينفك عن لزوم المال ، ينفك عن إيفاء المهر في الحال ، فلم يكن من ضرورة الإقدام على تزويجه ضمان المهر عنه .

٦٧٢ - فإن ضمن المهر ، صح ضمانه لما عرفته مما تقدم ، ويطالب به بحكم الضمان .

٦٧٣ - فإن سكتت الزوجة حتى بلغ الزوج ، وطالبته بالمهر ، ودفعه لها ، فلا يرجع به على أحد ؛ لأنه قضى دينًا واجبًا عليه .

٦٧٤ - وأما إن طالبت الأب به وأعطاه لها ، وأراد الرجوع به على ابنه ؛ فالقياس أنه يرجع ؛ لأن غير الأب لو ضمن بإذن الأب وأدى ، يرجع في مال الصغير ، فكذا الأب ؛ لأن قيام ولاية الأب عليه في الصِّغَر بمنزلة أمره بعد البلوغ .

وفي الاستحسان : لا رجوع له ؛ لأن الآباء يتحملون المهور عن أبنائهم عادة ، ولا يطمعون في الرجوع ، والثابت بالعرف كالثابت بالنص ، إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان أو عند التأدية ، فحينئذٍ يرجع ؛ لأن الصريح يفوق الدلالة ، أعني : دلالة العُرف ، بخلاف الوصي إذا أدى المهر عن الصغير بحكم الضمان ؛ فإنه يرجع لأن التبرع من الوصي لا يوجد عادة ، فصار كبقية الأولياء غير الأب فإن لهم حق الرجوع على الصغير إذا ضمنوا عنه المهر .

٦٧٥ - ومحل اشتراط الإشهاد في الرجوع ، إذا لم يكن على الأب دين لابنه. فلو كان على الأب دين للصغير ، فأدى مهر امرأته ، ولم يشهد ، ثم قال بعد ذلك : إنما أديتُ مهره عن دينه الذي عليَّ . صُدِّقَ هذا إذا أدى الأب بعد الضمان .

٦٧٦ - أما إذا مات قبل الأداء ، فللمرأة الخيار إن شاءت أخذت المهر من الزوج ، وإن شاءت استوفت ذلك من تركة الأب ؛ لأن الكفالة كانت صحيحة ، فلا تبطل بالموت .

٦٧٧ - ثم إذا استوفت من التركة ، رجع باقي الورثة بذلك في نصيب الابن ،

إن لم يكن استلمه . فإن كان قبضه ، رجعوا عليه .

٦٧٨ - وقال زفر : ليس لباقي الورثة حق الرجوع على الابن في نصيبه . وعن أبي يوسف مثله ؛ لأن الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه ؛ إذ لا يفيد إذنه ، ولو أذن فلا تنقلب موجبة له . ولهذا لو أدى الأب حال حياته وصحته ، لم يرجع إلا إذا أشهد ، فكذا لا رجوع بعد الموت .

٦٧٩ - **قلنا** : هذه الكفالة صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه ؛ لثبوت ولاية الأب عليه ، فإذن الأب إذن منه معتبر ، وإقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته ، بخلاف ما إذا أدى عنه في حال حياته ؛ لأن تبرع الآباء بالمهر معتاد ، وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع ، فيرجعون . وكذا يرجعون إذا أدى في مرض موته ، ولو كان الضمان في حال الصحة .

٦٨٠ - فإن كان الضمان في مرض الموت ، فهو غير نافذ ؛ لأنه وصية ، ولا وصية لوارث إلا بإجازة باقي الورثة ، والمجنون بمنزلة الصبي في جميع ذلك ؛ لأنه مُوَلًّى عليه كالصغير ، سواء كان الجنون أصليًا أو طارئًا .

(مادة ١٠٣)

إِذَا كَانَ الْمَهْرُ مُعَيَّنًا ، فَهَلَكَ فِي يَدِ الزَّوْجِ ، أَوِ اسْتُهْلِكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ ، أَوِ اسْتُحِقَّ بَعْدَهُ ، فَلِلْمَرْأَةِ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، أَوْ بِقِيمَتِهِ إِنْ كَانَ قِيمِيًّا .

وَلَوِ اسْتُحِقَّ نِصْفُ الْعَيْنِ الْمَجْعُولَةِ مَهْرًا ، فَالْمَرْأَةُ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَتْ أَخَذَتِ الْبَاقِي وَنِصْفَ الْقِيمَةِ ، وَإِنْ شَاءَتْ رَدَّتْهُ وَأَخَذَتْ كُلَّ الْقِيمَةِ .

فَإِنْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ، فَلَهَا النِّصْفُ الْبَاقِي (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣١٤/١ ، ٣١٥) : « وإذا انتقص المهرُ في يد الزوج ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، فهذا على وجوه :

(**أحدها**) : أن يكون النقصان بآفة سماوية ، وإنه على وجهين : إن كان النقصان يسيرًا كان لها نصف الخادم معيبًا من غير ضمان النقصان ، ليس لها غير ذلك . وإن كان النقصان فاحشًا ، فلها الخيار إن شاءت تركت المهر على الزوج وضمن نصف قيمته يوم العقد ، وإن شاءت أخذت نصف الخادم معيبًا من غير أن يضمن الزوج ضمان النقصان .

(**الوجه الثاني**) : أن يكون النقصان بفعل الزوج ، وإنه على وجهين أيضًا : إن كان النقصان يسيرًا ، فإنها تأخذ نصف الخادم ، ويضمن الزوج نصف قيمة النقصان ، وليس لها أن تترك الخادم على الزوج وتُضَمِّنَه =

٦٨١ - ثم إن الشيء المجعول مهرًا إن سُلِّم للمرأة فبها ، وإن لم يسلم لها بأن هلك أو استهلك أو استحق ، فله أحكام ستلقى عليك . وهلاك الشيء : زواله من غير أن يكون لأحد من الخلق مدخل في ذلك . **والاستهلاك** : زواله أيضًا ولكن بسبب التعدي عليه . **والاستحقاق** : ظهور الشيء مملوكًا لغير من ملكه .

= نصف قيمة الخادم . وإن كان النقصان فاحشًا ، إن شاءت أخذت نصف قيمة الخادم يوم العقد وتركت الخادم ، وإن شاءت أخذت نصف الخادم وضَمَّنَتِ الزوج نصف قيمة النقصان .

(**الوجه الثالث**) : أن يكون النقصان بفعل المرأة ، وفي هذا الوجه لها نصف الخادم ، لا شيء لها غير ذلك ، ولا خيار لها سواء كان النقصان يسيرًا أو فاحشًا .

(**الوجه الرابع**) : أن يكون النقصان بفعل الصَّداق ، ففي ظاهر الرواية هذا كالنقصان بآفة سماوية .

(**الوجه الخامس**) : أن يكون النقصان بفعل الأجنبي ، وإنه على وجهين : إن كان يسيرًا ، فإنها تأخذ نصف الخادم ، وتُضَمِّن الأجنبي نصف قيمة النقصان ليس لها غير ذلك . وإن كان فاحشًا إن شاءت أخذت نصف الخادم واتبعت الأجنبي بنصف قيمة النقصان ، وإن شاءت تركت الخادم على الزوج وأخذت من الزوج نصف قيمة الخادم يوم العقد ، ثم الزوج يتبع الجاني بجملة النقصان » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٦٨/٤ - ٣٧٠) : « (وإذا أصدقها عينًا) يمكن تقويمها كعبد موصوف (فتلفت) تلك العين (في يده) قبل القبض (ضمنها) وإن عرضها عليها وامتنعت من قبضها (ضمان عقد) لأنها مملوكة بعقد معاوضة ، فأشبهت المبيع في يد البائع (وفي قول ضمان يد) كالمعار والمستام ؛ لعدم انفساخ النكاح بالتلف . أما إذا لم يمكن تقويم عين الصداق فهو مضمون ضمان عقد قطعًا كما في الروضة ، وأصلها في الكلام على الصداق الفاسد أن الفاسد فيما لو أصدقها عبدًا أو ثوبًا غير موصوف . قالا فالتسمية فاسدة : وعليه مهر المثل قطعًا .

تنبيه : إنما فرض المصنف كالروضة وأصلها الخلاف في العين مع أنه لا يختص بها ، لأنه أكثر ما يظهر أثر الخلاف المتقدم فيها . والفرق بين ضماني العقد واليد في الصداق أنه على الأول يضمن بمهر المثل وعلى الثاني بالبدل الشرعي وهو المثل إن كان مثليا ، والقيمة إن كان متقوِّمًا . ثم فرع المصنف على القولين مسائل . فقال : (فعلى الأول ليس لها بيعه) أي : المذكور من العين ولا غير البيع من سائر التصرفات الممتنعة ثم (قبل قبضه) كالمبيع ، وعلى الثاني يجوز . ومما يتفرع على القولين الإقالة فيصح على الأول دون الثاني وهي مسألة نفيسة ذكرها القاضي الحسين .

تنبيه : لو عبر المصنف بالتصرف في العين لشمل ما قدرته ، ومع هذا يرد عليه ما لو كان دينًا ، فإنه لا يجوز الاعتياض عنه على الأصح (ولو تلف في يده) بآفة سماوية : (وجب مهر مثل) على القول الأول لانفساخ عقد الصداق حتى لو كان رقيقًا لزمه تجهيزه بخلافه على الثاني لا ينفسخ فيتلف على ملكها فيلزمه تجهيزه ، وعليه بدله من مثل أو قيمة ويعتبر أقصى القيم من الإصداق إلا التلف لاستحقاق التسليم في كل وقت من ذلك . تنبيه : لو طالبته بالتسليم فامتنع لم ينتقل إلى ضمان اليد كما صححاه . وقيل : ينتقل ، ونسبه الزركشي إلى نص البويطي .

(ولو تَعَيَّب) الصداق المعين في يد الزوج بآفة سماوية كعمى العبد أو بجناية غير الزوجة كقطع يده (قبل قبضه تخيرت) أي : الزوجة (على المذهب) بين فسخ الصداق وإبقائه . تنبيه : قضية كلامه أن ذلك مفرع على ضمان العقد ، ولا خلاف في ثبوت الخيار حينئذٍ فكيف يقول على المذهب ، ولا يصح أن يقال : إنه فرعه على القولين كما صرح به الإمام وغيره ؛ لأن قوله : (فإن فسخت فمهر مثل وإلا) بأن أجازت (فلا شيء لها) غير المعيب كالمشتري يرضى بالعيب مختص بضمان العقد ، وعلى مقابله لها ، إن فسخت ، بذل الصداق ، وإن أجازت فلها أرش العيب . =

٦٨٢ - فالمهر إن كان غير متعين ، فلا يتأتى فيه أن نرتب أحكامًا على كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة ؛ لعدم تأتيها في المهر بالنسبة للمرأة ؛ لأنه إذا تزوجها على مائتي جنيه مثلًا أو على عشرين قنطارًا من القطن الفلاني ، وفرضنا أن الزوج عنده ألف جنيه أو خمسمائة قنطار من القطن الموصوف في تسمية المهر ، فاحترق القطن قضاءً وقدرًا أو أحرق بالتعدي أو سُرقت النقود أو ادعى شخص أن هذا القطن ملكه وأثبت استحقاقه له ، فلا يمكننا أن نقول : إن المهر هلك أو استهلك أو استحق . ونرتب على هذه الأشياء أحكامًا بالنسبة للزوجة ؛ لأن حقها لم يتعين في شيء مخصوص ، وإنما هو قائم بذمة الزوج ، فهو ملزم بتسليمه لها .

٦٨٣ - فإن كان المهر متعينًا في العقد ، بأن تزوجها وأمهرها هذا البيت أو هذه القناطير من القطن أو هذا الحصان مثلًا ، وهلك أو استهلك أو استحق ، يمكننا أن نرتب على هذه الأشياء أحكامًا ، فنقول :

٦٨٤ - إن هلك بعد ما استلمته الزوجة ، فلا ترجع على أحد بشيء ما ؛ لأنه سلمها وقد هلك تحت يدها . وإن استهلك بعده أيضًا . فإن كانت هي المستهلكة له ، فكذلك ، وإن كان غيرها ، ترجع على ذلك الغير بمثله إن كان مثليًا وبقيمته إن كان قيميًا ، سواء كان هو الزوج أو غيره ؛ لأنه تعدى على ملكها ، وإن استحق ترجع على الزوج بالمثل أو بالقيمة .

٦٨٥ - وإما إن كان هلاكه قبل أن تقبضه من الزوج ، بأن هلك تحت يده ، فإنها تأخذ منه مثله أو قيمته ؛ لأنه مضمون عليه ما لم يسلمه لها ، ولا تبرأ ذمته من ضمانه إلا بالتسليم .

٦٨٦ - وإن استهلك في هذه الحالة ، فإما أن يكون المستهلك له هو الزوجة أو الزوج أو المهر أو أجنبيًا . فإن كان الزوجة ، بأن قتلت الحصان الذي جعل مهرًا مثلًا ، فقد

= نعم على الأول لها الأرش أيضًا فيما إذا عَيَّبَهُ أجنبي ، وليس لها مطالبة الزوج وعلى مقابله لها مطالبته (والمنافع الفائتة في يد الزوج لا يضمنها وإن طلبت) منه الزوجة (التسليم) للصداق (فامتنع) منه (ضمن) على قول (ضمان العقد) كما لو اتفق ذلك من البائع ، فقول الزركشي ، والصواب عند الامتناع من التسليم التضمين ممنوع ، وأما على ضمان اليد فيضمنها من وقت الامتناع بأجرة المثل ، فحيث لا امتناع لا ضمان على القولين (وكذا) المنافع (التي استوفاها) الزوج (بركوب) الدابة أصدقها (ونحوه) كلبس ثوب أو استخدام رقيق أصدقه لا يضمنها (على المذهب) بناء على أن جنايته كالآفة وهو الأصح كما مَرَّ . ومقابل المذهب : يضمنها بأجرة المثل ، بناء على أن جنايته كجناية الأجنبي ، أو بناء على ضمان اليد . وإن زاد الصداق زيادة متصلة أو منفصلة فهي ملك للزوجة » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٤٥٧/٢) : « (وضمانه) أي : الصداق (إن هلك) بعد العقد كما لو مات أو حُرِق أو سُرِق أو تَلَف من غير تفريط أحد من الزوجين ، وثبت هلاكه (ببينة) أو بإقرارهما عليه ، كان مما يغاب عليه أم لا . كان بيد الزوجة أو الزوج أو غيرهما (أو) لم تقم على هلاكه بينة و (كان مما لا يغاب عليه) كالحوائط ، والزرع ، والحيوان (منهما) معًا إذا طلق قبل البناء ، فلا رجوع لكل منهما على الآخر . ويحلف من هو بيده أنه ما فرط إن اتهم (وإلا) بأن كان مما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة (فمن الذي بيده) ضمان فيغرم النصف لصاحبه » .

صارت مستوفية حقها ، فلا ترجع على أحد . وإن كان الزوج أو المهر ، بأن كان عبدًا فقتل نفسه ، رجعت على الزوج بالمثل أو القيمة . وإن كان أجنبيًا، خُيِّرَت بين أمرين ، الأول : أن تُضَمِّنَ الزوج مثله أو قيمته وهو يرجع على المستهلك بها ، الثاني : أن تأخذ ما ذُكِر من المستهلِك وحينئذٍ تبرأ ذمة الزوج .

٦٨٧ - وإن استحق في هذه الحالة رجعت على الزوج ببدله - فقد علم مما ذكر أن الاستحقاق لا يختلف حكمه بالنسبة إلى ما قبل القبض أو بعده بخلاف الهلاك والاستهلاك .

٦٨٨ - هذا إن استحق كل المهر ، فإن استحق النصف مثلًا : فإما أن يكون المهر مثليًا أو قيميًا .

٦٨٩ - فإن كان مثليًا ، فلا حق لها إلا في أخذ نصفه ، والرجوع على الزوج بمثل النصف المستحق . وإن كان قيميًا ، خُيِّرَت بين أمرين ، الأول : أخذ قيمة نصفه من الزوج وتصير شريكة للمستحق ، الثاني : أخذ قيمة الكل من الزوج وهو يشارك المستحق ، لأن الشركة عيب في القيمي لا المثلي . وهي استحقت الشيء وحدها ، فإذا طرأت الشركة بالاستحقاق تضررت ، فتخير ؛ إذ الخيار ينفي الضرر ، ويمكنكَ أن تستخرج من هذا حكم استحقاق الأقل والأكثر من النصف .

٦٩٠ - ومحل تخييرها في القيمي بين الأمرين المتقدمين : إذا لم يطلقها قبل الدخول . فإن حصل ذلك ، فلا حق لها إلا في أخذ النصف ؛ لأن الشركة حاصلة ، سواء استحق النصف أو لم يستحق ؛ إذ الزوج مستحق للنصف بالطلاق قبل الدخول ، فهو مشترك على كل حال ، سواء كان الشريك هو الزوج أو المستحق ، فلا يثبت لها التخيير [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الاختلاف في تسمية المهر : المادة (٥٧) : إذا وقع خلاف في تسمية المهر ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل ولكن إذا كان الذي ادعى التسمية هي الزوجة فالمهر يجب أن لا يتجاوز المقدار الذي ادعته ، أما إذا كان المدعي هو الزوج فالمهر لا يكون دون المقدار الذي ادعاه .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٧) أ - إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فعلى الزوج إقامة البينة فإن عجز فالقول قولها بيمينها .

ب - إذا اختلف الزوجان في أصل تسمية المهر بعد تأكيده وعجز المدعي عن الإثبات قضى بالمسمى عند النكول وبمهر المثل عند الحلف .

ج - يقدَّر مهر المثل بمهر من يُماثل المرأة من نساء عصباتها .

المادة (٤٩) إذا اختلف الزوجان في المقبوض ، فادعت الزوجة المهر ، وادعى الزوج الوديعة ، فأيهما أقام البينة قضي له ، فإن لم يقم أحدهما البينة وكان المال المختلف فيه من جنس المهر، فالقول قولها بيمينها وإلا فالقول قوله بيمينه .

المادة (٥٠) إذا اختلف الزوجان في المقبوض ، فادعى الزوج المهر ، وادعت الهدية ، فأيهما أقام البينة قضي له بها ، وإن عجزا عن إقامة البينة ، قضي بعُرف الصلاحية ، ويقضى لمن يشهد له العرف بيمينه ، فإن لم يشهد العرف لأحدهما فالقول قول الزوج بيمينه .

الفصل السابع
في قضايا المهر

(مادة ١٠٤)

بَعْدَ تَسْلِيمِ الْمَرْأَةِ نَفسَهَا لِلزَّوْجِ لاَ تُقْبَلُ دَعْوَاهَا عَلَيْهِ بِعَدَمِ قَبْضِهَا كُلَّ مُعَجَّلِ مَهْرِهَا ، إلاَّ إذَا كَانَ التَّعْجِيلُ غَيْرَ مُتَعَارَفٍ عِنْدَ أَهْلِ الْبَلَدِ . فَإِنِ ادَّعَتْ بِبَعْضِ الْمُعَجَّلِ ، تُسْمَعُ دَعْوَاهَا . وَمَا يَمْنَعُ الْمَرْأَةَ مِنَ الدَّعْوَى ، يَمْنَعُ وَرَثَتَهَا .

* * *

٦٩١ – العادة الجارية أن المرأة لا تُسلم نفسها إلى الزوج إلا بعد أن تأخذ شيئًا من المهر ، وهذا الشيء يختلف باختلاف البلاد ، فالبعض يُعجِّل النصف ، والآخر يعجل الثلثين ، والبعض الآخر يعجل ثلاثة أرباع المهر ، وهكذا .

٦٩٢ – فإذا سلمت امرأة نفسها لزوجها ، وقامت بعد ذلك تدعي أنها لم تأخذ شيئًا من مهرها أصلًا ، وهو ينكر ذلك ، لا تسمع دعواها ؛ لأن العادة الجارية تكذبها . فإذا فرض أن البلد الذي حصل فيه التزوج تخالف عادته العادة المتقدمة ، تسمع دعواها بلا نزاع . ولذلك لو ادعت ببعض المعجل ، تسمع الدعوى ؛ لأن العادة أنه بعد اشتراط تعجيل الثلثين مثلًا ، يدفع النصف، وتزف المرأة إلى الزوج ، وتطالب بالسدس بعد ذلك مع أنه من ضمن المعجل .

٦٩٣ – وكل ما عرفته بالنسبة للزوجة يقال بالنسبة لورثتها ، فإذا ماتت بعد تسليمها نفسها ، وادعت الورثة أنها لم تأخذ شيئًا في حياتها ، لم تسمع دعواهم للعادة الجارية .

٦٩٤ – فلو اختلفت العادة ، تسمع دعواهم . فمبنى سماع الدعوى وعدم سماعها على العادة الجارية ؛ إذ العرف له اعتبار ويعول عليه في بعض الأحكام .

(مادة ١٠٥)

إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي أَصْلِ تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ ، فَادَّعَى أَحَدُهُمَا تَسْمِيَةَ قَدْرٍ مَعْلُومٍ ، وَأَنْكَرَ الآخَرُ التَّسْمِيَةَ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَلَيْسَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ ، يُحَلَّفُ مُنكِرُ التَّسْمِيَةِ . فَإِنْ نَكَلَ ، ثَبَتَ مَا ادَّعَاهُ الآخَرُ . وَإِنْ حَلَفَ ، يُقْضَى بِمَهْرِ الْمِثْلِ ، بِشَرْطِ أَلاَّ يَزِيدَ عَلَى مَا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ إِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُدَّعِيَةَ لِلتَّسْمِيَةِ، وَلاَ يَنْقُصَ عَمَّا ادَّعَاهُ الزَّوْجُ إِنْ كَانَ هُوَ الْمُدَّعِيَ لَهَا .

وَإِذَا وَقَعَ الاخْتِلاَفُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الطَّلاَقِ قَبْلَ الدُّخُولِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا ، تَجِبُ لَهَا الْمُتْعَةُ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في العناية (٣/٣٧٣ ، ٣٧٤) : « (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر) فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها ، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل .

وإن طلقها قبل الدخول بها ، فالقول قوله في نصف المهر ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : القول قوله قبل الطلاق وبعده ، إلا أن يأتي بشيء قليل . ومعناه : ما لا يُتَعَارَفُ مهرًا لها ، هو الصحيح . لأبي يوسف : أن المرأة تدعي الزيادة ، والزوج ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ، إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه ، وهذا لأن تقوم منافع البضع ضروري ، فمتى أمكن إيجاب شيء من المسمى لا يصار إليه . ولهما : أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل ؛ لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح ، وصار كالصباغ مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجر ، يحكم فيه القيمة الصبغ .
ثم ذكر هاهنا أن بعد الطلاق قبل الدخول ، القول قوله في نصف المهر ، وهذا رواية الجامع الصغير والأصل . وذكر في الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها ، وهو قياس قولهما ؛ لأن المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله ، فتحكم كهو . ووجه التوفيق : أنه وضع المسألة في الأصل في الألف والألفين ، والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة ، فلا يفيد تحكيمها ، ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون ، فيفيد تحكيمها . والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار ، فيحمل على ما هو المذكور في الأصل » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣/٢٠٥ ، ٢٠٦) : « (لو ادعت تسمية) لمهر (وينكرها) الزوج (والمُدَّعَى من مهر مثل أكثر) أي : والحالة أن مدعاها أكثر من مهر المثل ، تحالفا كما في البيع لتضمنه اختلافهما في القدر ؛ لأنه يقول : الواجب مهر المثل . وهي تدعي أكثر منه ، فأشبه ما لو قالت : أصدقتني ألفًا. فقال : بل خمسمائة . وهي دون مهر المثل . وخرج بقوله من زيادته : والمُدَّعَى ... إلى آخره . ما إذا لم يكن المُدَّعى أكثر من مهر المثل ، فلا تَحَالُفَ لوجوب مهر المثل بدونه . نعم إن كان المدعى من غير نقد البلد تحالفا ، وإن كان قدر مهر المثل لاختلاف الغرض بأعيان الأموال ذكره ابن الرفعة . وقضية تعليله : أن الحكم كذلك ، وإن كان المدعى مما ذكره دون مهر المثل وهو ظاهر ، ولو ادعى تسمية وأنكرتها ، والمدعى دون مهر المثل ، أو كان من غير نقد البلد نظير ما مَرّ تحالفا ، ويتحالف وارثاهما وأحدهما ووارث الآخر ، ويحلف الوارث على البَتِّ في الإثبات ، وعلى نفي العلم في النفي . وبعد التحالف يفسخ عقد الصداق ، ويجب مهر المثل . ومن يبدأ به ومن يتولى الفسخ ولا يؤثر في وجوبه مجاوزته ما ادعته في بعض الصور ، كأن ادعت أنه أصدقها ألفًا ، فقال : بل خمسمائة . وكان مهر مثلها ألفين ؛ لأن التحالف يُسْقِط ما يَدَّعِيَانِهِ ، ويصير كأن لم يذكر شيء أصلًا » .

٦٩٥ - وهذا إذا حصل اتفاق على المسمى بعد تسليم المرأة نفسها . فإن كان هناك اختلاف : فإما أن يكون بين الزوجين بأن كان في حياتهما ، وإما أن يكون بين أحد الزوجين وورثة الآخر بأن كان بعد موت أحدهما ، وإما أن يكون بين ورثتهما بأن كان بعد موت الزوجين . وعلى كلٍّ : فإما أن يكون الاختلاف في أصل التسمية ، أو في القدر المسمى .

٦٩٦ - فإن كان الاختلاف بين الزوجين في أصل التسمية بأن ادعى أحدهما تسمية قدر معلوم كمائة جنيه مثلًا ، وأنكر الآخر التسمية بالكلية بأن قال : لم نُسَمِّ شيئًا في العقد . فلا يخلو الحال عن أحد أمور أربعة :

٦٩٧ - **الأول** : أن يكون الاختلاف بينهما قبل الطلاق وقبل الدخول .

= **قول المالكية** : جاء في الشرح الكبير (٣٣٤/٢ ، ٣٣٥) : « (ولو) (ادعى) الزوج أنه نكحها (تفويضًا) وادعت هي تسمية ، فالقول له بيمين حيث كان ذلك (عند معتاديه) أي : معتادي التفويض . أما وحده أو هو مع التسمية بالسوية ، فإن كانا من قوم اعتادوا التسمية أو غلبت عندهم ، فالقول لها بيمين . فقوله : ولو ادعى ... إلخ شرط ، حُذِفَ جوابه . أي : فكذلك ، أي أن القول له بيمين بعد الفوات (في القدر والصفة) متعلق بقوله : فقوله بيمين ، أي : وأما اختلافهما في الجنس بعد الفوات ، فإن الزوج يُرَدُّ إلى صداق المثل بعد حَلِفهما من غير نَظَر إلى شبه ما لم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت المرأة ، فلا تزاد على ما ادعت ، وما لم يكن دون ما ادعاه الزوج فلا تنقص عن دعواه ، ويثبت النكاح بينهما . وإليه أشار بقوله : (ورد) الزوج (المثل) أي : صداق المثل للزوجة (في) تنازعهما في (جنسه) والمراد به : ما يشمل النوع بعد بناء أو طلاق أو موت بعد حلفهما ، ونكولهما كحلفهما ، ويُقْضَى للحالف على الناكل (ما لم يكن ذلك) أي : مهر المثل (فوق قيمة ما ادعت) فلا يزاد على ما ادعت . ولو حذف قيمة لكان أحسن ، ولشموله المثلي (أو دون دعواه) فلا ينقص عن دعواه . وقوله : (ثبت النكاح) راجع لجميع ما مَرَّ بعد إلا ما عدا الطلاق ، أي : وإذا كان القول له بيمين في القدر والصفة ، ورُدَّتْ لمهر المثل في الجنس ، ثبت النكاح ولا فسخ (ولا كلام لسفيهة) في تنازع الزوجين في أصل النكاح ، أو في قدر المهر ، أو صفته أو جنسه ، وأولى لا كلام لصبية ، وكذا السفيه والصغير . فلو قال لمحجور ، لشمل الأربع . وإنما الكلام للولي أو الحاكم أو جماعة المسلمين عند عدمه وتتوجه عليه اليمين دون المحجور » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٢/٧) : « إذا أنكر الزوج تسمية الصداق ، وادعى أنه تزوجها بغير صداق . فإن كان بعد الدخول نظرنا : فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه ، وجب ذلك من غير يمين ؛ لأنها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل ، فلا فائدة في الاختلاف . وإن ادعت أقل من مهر المثل ؛ فهي مقرّة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج ؛ فيجب أن يقبل قولها بغير يمين . وإن ادعت أكثر من مهر المثل ؛ لزمته اليمين على نفي ذلك ، ويجب لها مهر المثل .

وإن كان اختلافهما قبل الدخول ، انبنى على الروايتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق ، فإن قلنا : القول قول الزوج ، فلها المتعة . وإن قلنا : القول قول من يدعي مهر المثل . قُبِل قولها ما ادَّعَتْ مهر مثلها . هذا إذا طلقها . وإن لم يطلقها ، فُرِض لها مهر المثل على الروايتين . وكل من قلنا : القول قوله . فعليه اليمين » .

٦٩٨ - **الثاني** : أن يكون قبل الطلاق وبعد الدخول .

٦٩٩ - **الثالث** : أن يكون بعد الطلاق وبعد الدخول .

٧٠٠ - **الرابع** : أن يكون بعد الطلاق وقبل الدخول .

٧٠١ - ففي الثلاثة الأُوَل : يكون أحدهما مدعيًا وهو من يدعي التسمية ، والآخر : منكرًا لها . والواجب في هذه الأحوال هو المسمى إن ثبت وإن لم يثبت فمهر المثل ، **والقاعدة أن** : البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر . فإن أقام المدعي بينة على دعواه ، لزم صاحبه ما يدعيه ؛ لأنه نَوَّر دعواه بالحجة . وإن عجز عن إقامة البينة ، فله تحليف الآخر ؛ لأنه منكر واليمين عليه . فإن وجهت اليمين إليه : فإما أن يمتنع عنها ، وإما أن يحلف . فإن امتنع ، ثبتت دعوى صاحبه . وإن حلف أنه لم تحصل تسمية أصلًا ، يقضى بمهر المثل ؛ لأن مدعي التسمية عجز عن إثباتها ، ومنكرها حلف على نفيها ، فلم تثبت فنرجع إلى الأصل وهو مهر المثل ؛ لأن العادة أن النساء يتزوجن بمهور أمثالهن ، فيحكم به . ولكن لا يحكم به بالغًا ما بلغ ، بل يشترط ألا يزيد على ما ادعته المرأة إن كانت هي المدعية للتسمية ، ولا ينقص عما ادعاه الزوج إن كان هو المدعي لها .

٧٠٢ - فإذا فرضنا أن المرأة هي المدعية لها بأن قالت : سَمَّينا المهر مائة وعشرين جنيهًا . وحصل ما أوجب الرجوع إلى مهر المثل ، فإن كان مهر مثلها مساويًا لما ادعته ، حُكِم به ، وإن كان أقل منه بأن كان مائة ، حُكِم بها ، وهو ظاهر . وإن كان زائدًا عليه بأن كان مائة وخمسين جنيهًا ، حُكِم بما ادعته أيضًا ؛ لأنها رضيت بهذا المبلغ ، فلا يُزَاد عليه . وإذا فرضنا أن الزوج هو المدعي لها وهي المنكرة بأن قال : سَمَّينا المهر ثمانين جنيهًا . وحصل ما أوجب الرجوع إلى مهر المثل ، فإن كان مهر مثلها مساويًا لهذا المقدار ، حُكِم به . وإن كان زائدًا بأن كان مائة جنيه مثلًا ، حُكِم بها . وإن كان أقل بأن كان ستين ، حُكِم بثمانين ؛ لأن الزوج قد اعترف بأن هذا هو الواجب لها ، فيحكم به بدون نقص .

٧٠٣ - وفي الحالة الرابعة ، وهي ما إذا كان الاختلاف بعد الطلاق وقبل الدخول ، ولم تثبت التسمية تجب المتعة ؛ لأنه تعذر القضاء بنصف المسمى لعدم ثبوته ، فرجعنا إلى مهر المثل ، وهو لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، فأوجبنا المتعة [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (٥٨) : إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهرًا لمثلها عرفًا فيحكم بمهر المثل ؛ وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما لأب ولم تنه الزوج عن الدفع إليه .

(مادة ١٠٦)

إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي قَدْرِ الْمَهْرِ حَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بعده أو بَعْدَ الطَّلَاقِ وَالدُّخُولِ ، يُجْعَلُ مَهْرُ الْمِثْلِ حَكَمًا بَيْنَهُمَا . فَإِنْ شَهِدَ لَهَا بِأَنْ كَانَ كَمَا قَالَتْ أَوْ أَكْثَرَ ، يُقْبَلُ قَوْلُهَا بِيَمِينِهَا ، مَا لَمْ يُقِمِ الزَّوْجُ بَيِّنَةً عَلَى دَعْوَاهُ .

وَإِنْ شَهِدَ لَهُ بِأَنْ كانَ كَمَا ادَّعَى أَوْ أَقَلَّ ، يُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ ، مَا لَمْ تُقِمْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ .

وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا لاَ شَاهِدًا لَهُ وَلا لَهَا ، تَحَالَفَا ، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ ، وَتَهَاتَرَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، يُقْضَى بِمَهْرِ الْمِثْلِ . وَمَنْ نَكَلَ مِنْهُمَا عَنِ الْيَمِينِ فِي الصُّورَتَيْنِ ، حُكِمَ عَلَيْهِ بِمَا ادَّعَاهُ صَاحِبُهُ . وَمَنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ مِنْهُمَا ، قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَقُضِيَ لَهُ بِهَا .

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ بَعْدَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، تُحَكَّمُ مُتْعَةُ الْمِثْلِ عَلَى التَّفْصِيلِ الْمُتَقَدِّمِ [1] .

* * *

= وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٨) إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه، إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهرًا لمثلها عرفًا ، فيقضى بمهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣١٩/١ - ٣٢١) : « إذا اختلف الزوجان في قدر المهر حال قيام النكاح ، عند أبي حنيفة ومحمد ، رحمهما الله تعالى - : يُحَكَّمُ مهر المثل ، فإن شهد لأحدهما ، كان القول قوله مع اليمين على دعوى الآخر . فإن قال الزوج : المهر ألف . وقالت هي : ألفان . ومهر مثلها ألف أو أقل ، كان القول قوله مع اليمين بالله ما تزوجها بألفي درهم . فإن نكل تثبت الزيادة . وإن حلف ، لا تثبت . وأيهما أقام البينة قُضِيَ له . وإن أقاما جميعًا يقضى ببينتها .

وإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر ، كان القول قولها مع اليمين بالله ما تزوجت بألف . فإن نكلت ، يثبت الألف . وإن حلفت ، فلها ألفان ألف بالتسمية لا خيار للزوج فيها ، وألف بحكم مهر المثل له الخيار فيها ، إن شاء أدَّى من الدراهم ، وإن شاء من الدنانير . وأيهما أقام البينة يقضى ببينته . وإن أقاما جميعًا يُقْضَى ببينة الزوج . وإن كان مهر مثلها ألفًا وخمسمائة ، تحالفا . فإن نكل الزوج ، لزمه ألفان بطريق التسمية . وإن نكلت هي ، يُقْضَى بألف . وإن حلفا جميعًا يُقْضَى بألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية ، وخمسمائة بحكم مهر المثل ، ويخير الزوج في الخمسمائة . وأيهما أقام البينة ، قبلت بينته . وإن أقاما ، يُقْضَى بألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية ، وخمسمائة بطريق مهر المثل كذا في فتاوى قاضي خان . ذكر أبو بكر الرازي رحمه الله أن التحالف في فصل واحد ، وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهدًا لأحدهما . أما إذا كان مهر المثل شاهدًا لأحدهما ، كان القول قول من شهد له مهرُ المثل مع يمينه ، ولا يتحالفان ، وهو الصحيح كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان . وذكر الكرخي إذا لم تكن لهما بينة ، فإنهما يتحالفان أولًا ، فإذا حلفا يُحَكَّم مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي : وهو الأصح . هكذا في المحيط . وهو الصحيح . كذا في محيط السرخسي . =

= ولو اختلفا بعد الطلاق فإن كان بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلوة ، فالجواب فيه كالجواب فيما لو اختلفا حال قيام النكاح .

وإن كان قبل الدخول بها وقبل الخلوة ، فإن كان المهر دَيْنًا فاختلفا في الألف والألفين ، فالقول قول الزوج ، ويتنصف ما يقول الزوج ، ولم يذكر الخلاف ، ذكر الكرخي وحكى الإجماع وقال : نصف الألف في قولهم . وذكر محمد ﷺ في الجامع وقال : ينبغي أن يكون القول قول المرأة إلى متعة مثلها ، والقول قول الزوج في الزيادة على قياس أبي حنيفة ﷺ ، والصحيح هو الأول . وقيل : لا خلاف بين الروايتين في الحقيقة ، وإنما اختلفت لاختلاف وضع المسألة ، فوضع المسألة في كتاب النكاح في الألف والألفين فلا وجه لتحكيم المتعة ، ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة بأن قال الزوج : تزوجتُكِ على عشرة دراهم . وقالت المرأة : تزوجتني على مائة درهم . ومتعة مثلها عشرون ، وإن كان المهر عينًا كما في مسألة العبد والجارية ، فلها المتعة ، إلا أن يرضى الزوج أن يأخذ نصف الجارية كذا في البدائع » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣/٢٢٠ ، ٢٢١) : « (فإن اختلفا) أي : الزوجان (أو وارثاهما) أو أحدهما ووارث الآخر (في قدر الصداق) وكان مُدَّعَى الزوج الأقل ، كأن قالت له : نكحتَني بألف . فقال : بخمسمائة (أو) في (صفته) الشاملة لجنسه ، كأن قالت : بألف دينار . فقال : بألف درهم . أو قالت : بألف صحيحة . فقال : بمُكَسَّرَة (تحالفا كما في البيع) سواء اختلفا قبل الدخول أم بعده ، قبل انقطاع الزوجية أو بعده ، فيحلفان (على البَتِّ) في النفي والإثبات (إلا الوارث في النفي فإنما عليه نفي) أي : الحلف على نفي (العلم) على القاعدة في الحلف على فعل الغير ، فيقول وارث الزوج : والله لا أعلم أن مورثي نكحها بألف ، إنما نكحها بخمسمائة . ويقول وارث الزوجة : والله لا أعلم أنه نكح مورثتي بخمسمائة ، إنما نكحها بألف (ثم نفسخ) الصداق (ويجب) لها (مهر المثل ولو زاد على ما ادعت) لمصير الصداق بالتحالف مجهولًا (فلو ادعى أحدهما مسمى) وكان فوق مهر مثل الزوجة فيما إذا ادعته أو دونه فيما إذا ادعاه الزوج (وأنكر الآخر التسمية ولم يَدَّعِ تفويضًا تحالفا) لتضمن ذلك اختلافهما في القدر ؛ لأن المنكر يقول : الواجب مهر المثل . والآخر يدعي أكثر منه أو دونه على ما عرف . وكذا يتحالفان وإن لم يكن مدعى الزوجة أكثر من مهر مثلها ، إن كان من غير نقد البلد ، لاختلاف الغرض بأعيان الأموال ، ذكره ابن الرفعة » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٣/٢٩٨ ، ٢٩٩) : « إذا اتفقا على ثبوت الزوجية ، واختلفا في قَدْر المهر ، بأن قالت : قدره عشرون درهمًا . مثلًا ، وقال هو : بل بعشرة فقط . أو اختلفا في صفته ، فقالت هي : بعبد حبشي . مثلًا ، وقال هو : بل بعبد تركي . أو اختلفا في جنسه ، بأن قالت : بدينار مثلًا ، وقال هو : بل لعَرَضٍ صفته كذا . فإنها تحلف على دعواها إن كانت مالكة لأمر نفسها ، ولا كلام لسفيهة . ويحلف هو على دعواه إن كان مالكًا لأمر نفسه ، وإلا فوليهما . ويفسخ النكاح بينهما بطلاق . وموضوع المسألة قبل الدخول ، ولم يحصل موت ولا طلاق ، بدليل ما يأتي . ويُقْضَى للحالف على الناكل ، ونكولهما كحلفهما . ويتوقف بالفسخ على حكم الحاكم ، ويقع ظاهرًا وباطنًا ، ولا ينظر إلى دعوى شبه منهما ولا من أحدهما . وتبدأ الزوجة باليمين ؛ لأنها بائعة ، أشار إلى ذلك كله بقوله : (والرجوع للأشبه وانفساخ النكاح بتمام التحالف وغيره) بالرفع عطف على الرجوع ، وأفرد ضميره ملاحظة لما ذكر ، فيندرج فيه كل ما ذكرناه والغرض الذاتي من التشبيه بقوله :

٧٠٤ – وإن كان الاختلاف بين الزوجين في القدر المسمى ، ولابد من أن الزوجة تدعي الأكثر بأن ادعى الزوج أن المسمى مائة جنيه مثلًا ، وهي تدعي مائتين ، فلا يخلو الحال من الصور الأربعة المتقدمة ؛ إذ الاختلاف : إما أن يكون حال قيام الزوجية سواء كان قبل الدخول أو بعده ، أو بعد الطلاق والدخول ، أو بعد الطلاق قبل الدخول .

٧٠٥ – ففي الأحوال الثلاثة الأُوَل : لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

٧٠٦ – **الأول** : أن يقيم أحدهما بينة .

٧٠٧ – **الثاني** : أن يعجز كل منهما عن إقامة البينة .

٧٠٨ – **الثالث** : أن يقيم كل منهما بينة .

٧٠٩ – فإن كان الأول وهو ما إذا أقام أحدهما بينة ، قبلت بينته وقضى له بما ادعاه ، سواء كان هو الزوج أو الزوجة ، وسواء كان مهر المثل شاهدًا لها أو له أو لم يكن شاهدًا

= (كالبيع) الإحالة عليه في المشهورية . فقوله : والرجوع ، أي : وعدم الرجوع للأشبه وعدم انفساخ النكاح بتمام التحالف كالبيع ؛ لأنه لا ينظر فيه لشبه قبل الفوات ، وأما بعده فينظر فيه للشبه .

إلا بعد بناء أو طلاق أو موت فقوله بيمين يعني : أن الاختلاف فيما ذكر إذا وقع بعد البناء أو بعد الطلاق أو بعد موتها ، أو بعد موته ، أو موتهما واختلف الورثة مع الحي أو ورثته ، فإن القول قول الزوج مع يمينه (في القدر والصفة) بشرط أن يشبه ؛ لأنه كفوت السلعة في البيع ؛ ولأن الزوج قد استوفى منفعة البُضع حين مَكَّنَتْهُ الزوجة من نفسها ، وفوتت سلعتها ، وأيضًا الزوج غارم ، فكان القول قوله . فإن نكل الزوج عن اليمين ، فإن القول قول الزوجة مع يمينها أو ورثتها في الموت . وإحالة ما ذكر على البيع يفيد شرط الشبه للزوج أشبهت هي أم لا ، وإن انفردت بالشبه فالقول قولها بيمين . وإن لم يشبها حلفًا ، وكان فيه صداق المثل ونسخة أو موت أولى من نسخة أو موتها ، لشمولها لموتهما ولموت أحدهما » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٩/٧ ، ١٨٠) : « وإذا اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره ولا بينة على مَبْلَغِهِ ، فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها . وجملة ذلك أن الزوجين إذا اختلفا في قدر المهر ولا بينة على مَبْلَغِهِ ، فالقول قول من يدعي مهر المثل منهما . فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل ، فالقول قولها . وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر ، فالقول قوله ، وبهذا قال أبو حنيفة . وعن الحسن ، والنخعي ، وحماد بن أبي سليمان ، وأبي عبيد نحوه ، وعن أحمد رواية أخرى : أن القول قول الزوج بكل حال . وهذا قول الشعبي وابن أبي ليلى وابن شُبْرُمَة وأبي ثور . وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعي مستنكرًا ، وهو أن يدعي مهرًا لا يُتَزَوَّجُ بمثله في العادة ، لأنه منكرٌ للزيادة ومدعًى عليه ، فيدخل تحت قوله ﷺ : « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

فإن ادعى أقل من مهر المثل ، وادعت هي أكثر منه ، رُدَّ إلى مهر المثل . ولم يذكر أصحابنا يمينًا . والأولى أن يتحالفا ، فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة ، فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه كالمنكر في سائر الدعاوى ؛ ولأنهما تساويا في عدم الظهور ، فيشرع التحالف ، كما لو اختلف المتبايعان . وهذا قول أبي حنيفة ، والباقون على أصولهم » .

لواحد منهما ؛ لأنه نور دعواه بالحجة . وأما وجه قبول بينة المرأة فظاهر ؛ لأنها تدعي الزيادة وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج ؛ لأنه منكر الزيادة ، فكان عليه اليمين لا البينة بمقتضى القواعد الفقهية ، ولكنها قبلت ؛ لأنه مدع في الصورة ، وهي كافية في قبولها .

٧١٠ - وإن كان الثاني وهو ما إذا عجز عن إقامة البينة ، قال أبو حنيفة ومحمد : نجعل مهر المثل حكمًا بينهما ، وحينئذٍ لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

٧١١ - **الأول** : أن يكون مهر المثل شاهدًا لها .

٧١٢ - **الثاني** : أن يكون شاهدًا له .

٧١٣ - **الثالث** : أن يكون مشتركًا بينهما .

٧١٤ - فإن كان مهر المثل شاهدًا لها ، بأن كان مائتين كما ادعت أو أكثر ، كان القول قولها بيمينها ؛ لأن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه . فإن حلفت ، لزم الزوج ما ادعت به . وإن امتنعت عن اليمين ، وجب لها ما ادعاه الزوج ؛ لأن امتناعها إقرار بما ادعاه .

٧١٥ - وإن كان مهر المثل شاهدًا له بأن كان مائة كما ادعى أو أقل صدق قوله مع يمينه : « باللّه ما تزوجتها على مائتين » فإن حلف لزمه ما أقر به ، وإن امتنع لزمه ما ادعت به المرأة ؛ لإقراره بالامتناع عن اليمين وإن أقامت هي البينة قبلت كما تقدم ؛ لأنها نورت دعواها بالحجة وإن أقام كل منهما بينة قدمت بينتها لأنها تثبت أمرًا زائدًا على ما يدعيه .

٧١٦ - وإن كان مهر المثل مشتركًا بين ما تدعيه هي وما يدعيه هو ، أي : لا يكون شاهدًا لها ولا له ، بأن كان مائة وخمسين . فمكن أقام منهما بينة على دعواه قضى له به كما تقدم لرجحان دعواه بإقامته البينة وإلا لم يقم أحدهما بينة تحالفا ، أي : حلف كلٌ منهما على نفي دعوى صاحبه وإثبات دعواه ؛ لأن الزوج يدعي عليها الأقل من مهر المثل وهي تنكر ، والمرأة تدعي عليه الزيادة عنه وهو ينكر ، فاستويا .

٧١٧ - ويتحالفان أيضًا إذا أقام كل منهما بينة للتعارض المتقدم ، فلو قدمت إحدى البينتين لزم عليه الترجيح بلا مرجح ، وإن كان محمد يقول بتقديم بينتها لإثباتها الزيادة ، ولكن الصحيح الأول .

٧١٨ - وعند التحالف لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

٧١٩ - **الأول** : أن يحلف واحد منهما ويمتنع الآخر .

٧٢٠ - **الثاني** : أن يحلف الاثنان .

٧٢١ - **الثالث** : أن يمتنع الاثنان .

٧٢٢ - فإن كان الأول ، حكم على الممتنع بقول من حلف ؛ لأن امتناعه عن اليمين إقرار بدعوى صاحبه .

٧٢٣ - وإن كان الثاني أو الثالث نطرح دعوى الاثنين ، ونحكم بمهر المثل ؛ لأننا لو حكمنا بقول واحد منهما ، لزم عليه الترجيح بلا مرجح ، وهذا لا يجوز .

٧٢٤ - وقال أبو يوسف : لا نجعل مهر المثل حكمًا ؛ بل القول قول الزوج مع يمينه ، إلا أن يأتي بشيء لا يتعارف مهرًا لها ، فيوافقهما لأن المرأة مدعية للزيادة وهو ينكرها ، والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر . ولهما : أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل ؛ لأن العادة أن المرأة تزوج بمهر مثلها .

٧٢٥ - وعند التحالف يبدأ القاضي بمن شاء منهما ، وكثير من الفقهاء يقول: **يحلف الزوج أولًا ؛ لأن أول التسليمين عليه ، يعني : أنه يجب عليه تسليم المهر أولًا ، وبعد ذلك يجب عليها تسليم نفسها.**

٧٢٦ - وفي الصورة الرابعة وهي ما إذا كان الاختلاف بين الزوجين في مقدار المهر قبل الدخول وبعد الطلاق ، تجعل متعة المثل حكمًا بينهما على التفصيل المتقدم . فإن شهدت لها بأن كانت متعة المثل كنصف ما قالت أو أكثر ، كان القول قولها مع يمينها . وإن كانت شاهدة له بأن كانت كنصف ما قال أو أقل ، فالقول قوله مع يمينه . وإن كانت بين نصف ما يدعيه ونصف ما تدعيه ، حلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح ، ولزمت المتعة .

٧٢٧ - وأيهما أقام بينة ، قبلت . فإن أقاماها ، فبينتها أولى إن شهدت له المتعة ، وبينته إن شهدت لها ؛ لأن البينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر .

٧٢٨ - وإن كانت المتعة بينهما ، تحالفا فإن حلفا وجبت متعة المثل . وعند أبي يوسف : القول قول الزوج مع يمينه ، إلا أن يأتي بشيء لا يصلح . وصحح بعضهم أنه يتنصف ما ادعاه الزوج ، ورجحه في الفتح قائلًا : إن المتعة إنما تجب إذا لم تكن هناك تسمية ، وهنا اتفقا على التسمية ، فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه ، وهو نصف ما أقر به الزوج [1] ، ويحلف

---

(١) فتح القدير (٣/٣٧٥) .

على نفي دعواها الزائد [١] .

(مادة ١٠٧)

مَوْتُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ كَحَيَاتِهِمَا فِي الْحُكْمِ أَصْلًا وَقَدْرًا . فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، وَوَقَعَ الاخْتِلَافُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ وَبَيْنَ الْحَيِّ فِي أَصْلِ الْمَهْرِ أَوْ فِي قَدْرِهِ، يُحْكَمُ عَلَى الْوَجْهِ الْمُتَقَدِّمِ فِي الْمَادَّةِ السَّالِفَةِ . فَإِذَا مَاتَ الزَّوْجَانِ ، وَاخْتَلَفَتْ وَرَثَتُهُمَا فِي قَدْرِ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى ، فَالْقَوْلُ لِوَرَثَةِ الزَّوْجِ ، وَيَلْزَمُهُمْ مَا يَعْتَرِفُونَ بِهِ . وَإِنِ اخْتَلَفُوا فِي أَصْلِ التَّسْمِيَةِ ، يُقْضَى بِمَهْرِ الْمِثْلِ عَلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، إِنْ جَحَدُوا التَّسْمِيَةَ وَنَكَلُوا عَنِ الْيَمِينِ . وَكَذَلِكَ إِذَا اتَّفَقُوا عَلَى عَدَمِ التَّسْمِيَةِ فِي الْعَقْدِ [٢] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (٥٨) : إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى فالبينة على الزوجة ؛ فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهرًا لمثلها عرفًا فيحكم بمهر المثل وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما لأب ولم تنه الزوج عن الدفع إليه .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٦٧/٥) : « فأما إذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى بعد موتهما ، فعلى قول محمد ﷺ : يُصَار إلى تحكيم مهر المثل ؛ لأن من أصله أن مهر المثل لا يسقط بموتهما ، فيكون هذا كالاختلاف الواقع بين الزوجين . وعند أبي يوسف ﷺ : القول قول ورثة الزوج ، إلا أن يأتوا بشيء مستنكر جدًّا ، كما لو وقع الاختلاف في حياتهما . وعند أبي حنيفة ﷺ : القول قول ورثة الزوج أيضًا ؛ لأن مهر المثل عنده لا يبقى بعد موتهما ، فلا يمكن المصير إلى التحالف وتحكيم مهر المثل ، فيبقى ظاهر الدعوى والإنكار ، فيكون القول قول ورثة الزوج ، إلا أن يقوم لورثة المرأة بينة على ما ادَّعَوْا من المسمى ، فحينئذٍ يُقْضَى بذلك ، ويستوي في هذا كله إن دخل بها أو لم يدخل بها ؛ لأن ما قبل الدخول إنما يفارق ما بعد الدخول عند الطلاق ، أما عند الموت لا فرق ؛ لأن النكاح ينتهي بالموت » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي على المنهاج (٢٩٢/٣ ، ٢٩٣) : « اختلفا ، أي : الزوجان (في قدر مهر) مسمى كأن قالت : نكحتني بألف . فقال : بخمسمائة (أو) في (صفته) كأن قالت : بألف صحيحة . فقال : بل مكسرة (تحالفا) فتحلف الزوجة أنه ما نكحها بخمسمائة وإنما نكحها بألف ، ويحلف الزوج أنه ما نكحها بألف وإنما نكحها بخمسمائة (ويتحالف وارثاهما أو وارث واحد) منهما (والآخر) إذا اختلفا فيما ذكر ، ويحلف الوارث في طرف النفي على نفي العلم ، وفي طرف الإثبات على البت ، فيقول وارث الزوج : والله لا أعلم أن مورثي نكحها بألف ، إنما نكحها بخمسمائة . ويقول وارث الزوجة : والله لا أعلم أنه نكح مورثتي بخمسمائة ، إنما نكحها بألف (ثم) بعد التحالف (يفسخ المهر) يفسخانه ، أو أحدهما أو الحكم ، ولا ينفسخ بالتحالف (ويجب مهر مثل) وإن زاد على ما ادعته الزوجة . وقيل : ليس لها في ذلك إلا ما ادعته » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٦٦/٢) : « قلت : أرأيتَ إن ماتا جميعًا الزوج والمرأة ، ولم يدخل الزوج بالمرأة ، فادعى ورثة الزوج أن الزوج قد دفع الصداق . وقال ورثة المرأة : إن أمنا لم تقبض شيئًا ؟ =

٧٢٩ - وإن كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، بأن مات أحدهما وحصل الاختلاف بين الحي منهما وورثة المتوفى ، فالحكم في هذا كالحكم فيما إذا كان الاختلاف بين الزوجين ، سواء كان الاختلاف في أصل تسمية المهر أو في قدر المسمى ، فما عليك إلا مراجعة المادتين المتقدمتين ومعرفة الأحكام التي فيهما بالنسبة لاختلاف الزوجين ، وأَجْرِها على الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر .

٧٣٠ - ولو كان الاختلاف بين ورثتهما ، بأن مات الزوجان واختلفت الورثة، فعند أبي حنيفة : القول لورثة الزوج ، سواء كان الاختلاف في القدر أو في أصل المهر ، فإن كان في القدر لزمهم ما اعترفوا به ، وإن كان في الأصل بأن ادعى ورثتها المهر وأنكره ورثته ، فلا شيء عليهم . وعندهما : الاختلاف بعد موتهما كالاختلاف في حياتهما ، فإن اختلفا في القدر قال محمد : يُحَكَّمُ مهر المثل . وقال أبو يوسف : القول لورثة الزوج . وإن اختلفا في الأصل ، يقضى بمهر المثل إذا كان النكاح ظاهرًا ، إلا إذا أقامت ورثته البينة على إيفاء المهر أو على إقرارها أو إقرار ورثتها به ؛ لأنه كان دينًا في ذمته فلا يسقط بالموت كالمسمى .

٧٣١ - فإن عُلِم أن الزوجة ماتت أولًا ، سقط نصيب الزوج من المهر ؛ لأنه - والحالة هذه - من ضمن الورثة ، فيسقط من المهر ما يستحقه بطريق الميراث ؛ ويدفع الباقي لورثة الزوجة .

٧٣٢ - وإن عُلِم أنهما ماتا معًا أو لم يُعْلَم أيهما مات أولًا ، أو علم أن الزوج مات أولًا ، فلا يسقط شيء من المهر ، بل يُقْضَى كله من تركته ؛ لأن الزوج في هذه الأحوال لا يرث الزوجة ، فلا يسقط شيء من المهر .

٧٣٣ - واستدل الإمام على قوله : بأن موت الزوجين يدل على انقراض أقرانهما ظاهرًا ، فبمهر مَنْ يُقَدِّر القاضي مهر المثل ؛ وهذا لأن مهر المثل يُقَدَّر كحالها وكحال نساء عشيرتها ، وموتهما يدل على موت نساء عشيرتها وموت نساء زمانها ظاهرًا ، فلا يمكن تقدير مهرها ؛ ولأنه لو سمعت الدعوى في ذلك ، لسمعت من وارث وارث

= قال : أرى أن القول قول ورثة المرأة إن لم يكن دخل بها ، وإن كان قد دخل بها فالقول قول ورثة الزوج . قلت : فإن قال ورثة الزوج : قد دفع صداقها ، أو قالوا : لا علم لنا . وقد كان الزوج دخل بالمرأة . وقال ورثة المرأة : لم تقبض صداقها .

قال : لا شيء على ورثة الزوج . فإن ادعى ورثة المرأة أن ورثة الزوج قد علموا أن الزوج لم يدفع الصداق ، أُحْلِفُوا على أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفع الصداق ، وليس عليهم اليمين إلا في هذا الوجه الذي أخبرتك . ومن كان منهم غائب أو أحد يعلم أنه لا يعلم ذلك ، لم يكن عليه يمين ، وهذا رأيي » .

وارث من ماتت في العصر الأول إن كان نكاحها ظاهرًا مشهورًا في زماننا ، ولهذا احتج أبو حنيفة قائلًا : أرأيت لو ادعت ورثة أم كلثوم بنت علي رضي اللّه تعالى عنهما على ورثة عمر رضى اللّه تعالى عنه ، أكنتُ أسمع البينة في ذلك وأقضي فيه بشيء ، وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات ، فإذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر ، يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل ؛ ولأن القضاء به قد يؤدي إلى استيفاء مهر المثل مرارًا ؛ لأن النكاح يثبت بالاستفاضة والشهرة ، فيقضى بمهر المثل ، ثم يأتي قوم آخرون فيدعون ذلك ، فيقضى لهم بمهر المثل ، ثم وثم فيتسلسل إلى آخر الدهر .

٧٣٤ - وهذا يدل على أن المسألة مصورة في التقادم ، فلو كان العهد قريبًا ، قضي به . ويدل أيضًا على أنه لو أقيمت البينة على المهر ، قضي به على ورثة الزوج وهو مُسَلَّم ، فقد نقل عن أبي حنيفة أنه قال : لا أقضي بشيء حتى يثبت بالبينة أصل التسمية . وبهذا اندفع ما علل به بعضهم مذهب الإمام من أن مهر المثل من حيث هو قيمة البُضْع يشبه المسمى ، ومن حيث إنه يجب بغير شرط يشبه النفقة والصلة ، فباعتبار الشَّبَه الأول لم يسقط بموت أحدهما ، وباعتبار الشَّبَه الثاني يسقط فسقط بموتهما ؛ فإنه يقتضي أنه لا تسمع البينة عليه بعد موتهما لسقوطه أصلًا ، والمنصوص عن الإمام خلافه كما علمت ، والفتوى في هذا المقام على قول الصاحبين .

(مادة ١٠٨)

إِنَّمَا يُقْضَى بِجَمِيعِ مَهْرِ الْمِثْلِ لِلْمَرْأَةِ فِي الصُّوَرِ الْمُتَقَدِّمَةِ إِذَا وَقَعَ الاخْتِلاَفُ قَبْلَ تَسْلِيمِهَا نَفْسَهَا .

فَإِنْ وَقَعَ الاخْتِلاَفُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ ، سَوَاءٌ كَانَ وُقُوعُهُ فِي حَيَاتِهِمَا أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِمَا أَوْ أَحَدِهِمَا ، وَادَّعَى الزَّوْجُ أَوْ وَرَثَتُهُ إِيصَالَ شَيْءٍ مِنَ الْمَهْرِ إِلَيْهَا ، وَقَدْ جَرَتْ عَادَةُ أَهْلِ الْبَلَدِ بِأَنَّ الْمَرْأَةَ لاَ تُسَلِّمُ نَفْسَهَا إِلاَّ بَعْدَ قَبْضِ شَيْءٍ مِنْ مَهْرِهَا ، تَقَرَّرَ بِمَا وَصَلَهَا مُعَجَّلاً . فَإِنْ لَمْ تُقِرَّ بِهِ يُقْضَى عَلَيْهَا بِإِسْقَاطِ قَدْرِ مَا يُتَعَارَفُ تَعْجِيلُهُ لِمِثْلِهَا ، وَيُعْطَى لَهَا الْبَاقِي مِنْهُ إِنْ حَصَلَ اتِّفَاقٌ عَلَى قَدْرِ الْمُسَمَّى . وَإِلاَّ فَإِنْ أَنْكَرَ وَرَثَةُ الزَّوْجِ أَصْلَ التَّسْمِيَةِ ، فَلَهَا بَقِيَّةُ مَهْرِ الْمِثْلِ . وَإِنْ أَنْكَرُوا الْقَدْرَ ، فَالْقَوْلُ لِمَنْ شَهِدَ لَهُ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَبَعْدَ مَوْتِهِمَا الْقَوْلُ فِي قَدْرِهِ لِوَرَثَةِ الزَّوْجِ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١/ ٣٢١) : « فإن سلمت نفسها ، ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الممات ؛ فإنه لا يحكم مهر المثل ؛ لأنا نعلم أن المرأة لا تسلم نفسها من غير أن تستعجل شيئًا من مهرها عادة ، فيقال : لا بد أن تقري بما استعجلتِ ، وإلا قضينا عليكِ بالمتعارف . ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا ، كذا في محيط السرخسي » .

٧٣٥ - فقد بان لك مما تقدم أن الاختلاف سواء كان بين الزوجين أو بين الورثة : تارة يكون قبل تسليم المرأة نفسها للزوج ، وتارة يكون بعد التسليم. وأنه يقضى بجميع مهر المثل في كل الأحوال التي يكون المهر فيها مُستحَقًا، ولكن هل تأخذ المرأة أو ورثتها جميع المقضي به أو بعضه .

٧٣٦ - إن كان الاختلاف قبل تسليم المرأة نفسها للزوج ، اسْتُحِقَّ كلُّ المقضي به ، وإن كان بعد التسليم ، سواء كان وقوعه في حياتهما أو بعد موتهما أو موت أحدهما .

٧٣٧ - فإن لم يَدَّعِ الزوج أو ورثته إيصال شيء من المهر إلى الزوجة أو ورثتها ، استحق كل المقضي به أيضًا .

٧٣٨ - وإن ادعى الزوج أو ورثته ذلك ، وقد جرت عادة أهل البلد بأن المرأة لا تسلم نفسها إلا بعد قبضها شيئًا من مهرها ، فحينئذٍ يقال لها : لا بد أن تقري بما وصلك معجلًا ، وإلا قضينا عليك بالمتعارف . فإن أقرت بأنها قبضت شيئًا معلومًا ، وصادقها الزوج أو الورثة على ذلك ، سقط هذا المقدار من مهر المثل ، واستحق الباقي منه .

٧٣٩ - وإن لم تقر بما وصلها معجلًا يقضي عليها بإسقاط قدر ما يتعارف تعجيله لمثلها ، ويعطي لها الباقي . فإن كان هناك اتفاق على القدر المسمى ، وإنما الخلاف في أنه : هل وصل إليها شيء أو لم يصل ، فهذا ظاهر ؛ إذ يقضى بإسقاط النصف أو الثلثين مثلًا ، على حسب ما يتعارف تعجيله لمثلها ، ويعطى لها الباقي منه .

٧٤٠ - وإن لم يكن بينهما اتفاق على ذلك ، فإن كان الاختلاف في أصل التسمية والمنكر هم ورثة الزوج ، فلها بقية مهر المثل . وإن كان الاختلاف في القدر ، فالقول لمن شهد له مهر المثل . وهذا إذا كان حال حياة الزوجين أو بعد موت أحدهما .

٧٤١ - فإن كان بعد موتهما ، فإن كان الاختلاف في القدر ، فالقول لورثة الزوج ، ويلزمهم ما يعترفون به ، وإن كان في الأصل بأن ادعى ورثتها المسمى وأنكره ورثته ، فلا شيء عليهم . ولا يخفى عليك أن هذا مذهب الإمام ، والصاحبان يخالفان ، والفتوى على قولهما ، فراجع ذلك واعرفه من شرح المادة السابقة .

(مادة ١٠٩)

إِذَا أنفقَ الخَاطِبُ عَلَى مُعْتَدَّةِ الْغَيْرِ ، وَأَبَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا . فَإِنْ اشْتَرَطَ عَلَيْهَا التَّزَوُّجَ بِهَا ، فَلَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِمَا دَفَعَهُ إِلَيْهَا مِنَ النَّقْدَيْنِ لِلإِنْفَاقِ عَلَى نَفْسِهَا . وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطِ التَّزَوُّجَ بِهَا ، فَلاَ رُجُوعَ لَهُ بِشَيْءٍ ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَزَوَّجَتْهُ . وَأَمَّا الأَطْعِمَةُ الَّتِي أَطْعَمَهَا ،

فَلاَ يَرْجِعُ بِقِيمَتِهَا، وَلَوْ اشْتَرَطَ عَلَيْهَا تَزْوِيجَ نَفسِهَا مِنْهُ [١] .

* * *

٧٤٢ - وكل هذه الأحكام بعد حصول العقد . فإن كان قبله ، فالأحكام هي الآتية :

٧٤٣ - فإذا طلق رجل امرأته ، وأنفق عليها غيره وهي في العدة على طَمَع أن يتزوجها إذا انقضت عدتها : فإما أن تتزوجه بعد انقضاء العدة ، وإما أن تمتنع عن ذلك .

٧٤٤ - فإن تزوجته ، فلا يأخذ منها شيئًا من المصاريف التي صرفها ، سواء كانت نقودًا أو أطعمة ؛ لأنه أنفق لغرض مخصوص وقد حصل على مقصوده ، فلا يرجع بشيء .

٧٤٥ - وإن امتنعت عن تزوجه بعد انقضاء عدتها : فإما أن يشترط عليها التزوج ، أو لا يشترطه .

٧٤٦ - فإن اشترط عليها التزوج : فإما أن يكون أرسل إليها أشياء لتنفق على نفسها منها ، وإما أن يكون أرسل إليها طعامًا مهيَّأً للأكل أو أكلت معه مما يأكل .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (١٥٤/٣ ، ١٥٥) : « (أنفق) رجل (على معتدة الغير بشرط أن يتزوجها) بعد عدتها (إن تزوجته لا رجوع مطلقًا ، وإن أبت فله الرجوع إن كان دفع لها ، وإن أكلت معه فلا مطلقًا) » .

قول الشافعية : جاء في حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب (١٢٩/٤) : « سئل عمن خطب امرأة ثم أنفق عليها نفقة ليتزوجها ، فهل له الرجوع بما أنفقه أو لا .

فأجاب بـ : أن له الرجوع بما أنفقه على من دفعه له ، سواء أكان مأكلاً أم مشربًا أم ملبسًا أم حلوًى أم حُليًا ، وسواء رجع هو أم مجيبه أم مات أحدهما ؛ لأنه إنما أنفقه لأجل تزوجها ، فيرجع به إن بقي وببدله إن تلف . وظاهر أنه لا حاجة إلى التعرض لعدم قصده الهدية لا لأجل تزوجه بها ؛ لأنه صورة المسألة ؛ إذ لو قَصَد ذلك لم يختلف في عدم الرجوع » ، وجاء في شرح المحلي على المنهاج (٢١٦/٣) : « دفع الخاطب بنفسه أو وكيله أو وليه شيئًا من مأكول ، أو مشروب ، أو نقد ، أو ملبوس لمخطوبته أو لوليها ، ثم حصل إعراض من الجانبين أو من أحدهما أو موت لهما أو لأحدهما ، رجع الدافع أو وارثه بجميع ما دفعه إن كان قبل العقد مطلقًا ، وكذا بعده إن طلق قبل الدخول أو مات ، إلا إن ماتت هي ، ولا رجوع بعد الدخول مطلقًا » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٢٦٤/٣) : « وجاز الإهداء للمعتدة من وفاة أو طلاق غيره البائن ، لا الإنفاق عليها ، فيحرم كالمواعدة . فإن أهدى أو أنفق عليها ، ثم تزوجت غيره ، فلا يرجع عليها بشيء » .

قول الحنابلة : جاء في الموسوعة الفقهية (٢٠٥/١٩) : « هدية الزوج ليست من المهر نصًا ، فما أهداه الزوج من هدية قبل عقد إن وعدوه بأن يزوجوه ولم يَفُوا رجع بها . قاله ابن تيمية ؛ لأنه بذلها في نظير النكاح ، ولم يُسَلَّم له . وإن امتنع هو ، لا رجوع له . وما قبضه بعض أقارب المرأة كالذي يسمونه مأكلة بسبب نكاح ، فحكمه كمهر فيما يقرره ويسقطه وينصفه ، ويكون لها ، ولا يملك الولي منه شيئًا ، إلا أن تهبه له بشرطه إلا الأب ، فله أن يأخذ . ومحل كون حكم المجعول مأكلة كمهر حيث قبضه أولياء المرأة » .

٧٤٧ - فإن كان الأول رجع به ؛ لأنه ما أعطاها هذا الشيء إلا لغرض مخصوص ، فإذا لم يحصل على غرضه ، استرد ما أعطاه ، فكأنها هبة في مقابلة عوض ، ولم يحصل ، فله حق الرجوع فيها .

٧٤٨ - وإن كان الثاني ، فلا يرجع ؛ لأنه ليس بتمليك ، وإنما هو إباحة ؛ إذ الشخص المقدَّم له طعام من عند غيره يستهلكه على ملك صاحبه لا على ملك نفسه ، وأيضًا لا يعلم قدره .

٧٤٩ - وإن لم يشترط عليها التزوج بها بعد انقضاء عدتها ، فلا يأخذ منها شيئًا ؛ لأنه إنما أنفق على قصده لا على شرطه . وبعضهم يقول : يرجع في هذه الحالة ؛ لأن المعروف كالمشروط . وهذا هو الظاهر (١) .

(مادة ١١٠)

إِذَا خَطَبَ أَحَدٌ امْرَأَةً ، وَبَعَثَ إِلَيْهَا بِهَدِيَّةٍ ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا الْمَهْرَ كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ ، وَلَمْ تَتَزَوَّجْهُ ، أَوْ لَمْ يُزَوِّجْهَا وَلِيُّهَا مِنْهُ ، أَوْ مَاتَتْ ، أَوْ عَدَلَ هُوَ عَنْهَا قَبْلَ عَقْدِ النِّكَاحِ ، فَلَهُ اسْتِرْدَادُ مَا دَفَعَهُ مِنَ الْمَهْرِ عَيْنًا إِنْ كَانَ قَائِمًا وَلَوْ تَغَيَّرَ وَنَقَصَتْ قِيمَتُهُ بِالاسْتِعْمَالِ ، أَوْ عِوَضِهِ إِنْ كَانَ قَدْ هَلَكَ أَوِ اسْتُهْلِكَ . وَأَمَّا الْهَدَايَا ، فَلَهُ اسْتِرْدَادُهَا إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً أَعْيَانُهَا ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ هَلَكَتْ أَوِ اسْتُهْلِكَتْ ، فَلَيْسَ لَهُ اسْتِرْدَادُ قِيمَتِهَا (٢) .

* * *

٧٥٠ - وإذا خطب الرجل امرأة غير معتدة لغيره ، وبعث إليها بهدية ، أو دفع إليها كل المهر أو بعضه ، وامتنعت عن تزوجه إن كانت كبيرة ، أو امتنع وليها من ذلك أو ماتت هي قبل عقد الزواج ؛ فأراد الزوج أن يسترد ما أعطاه ؛ وامتنعت هي أو وليها

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٦٥) : إذا امتنعت المخطوبة أو نكص الخاطب أو توفي أحدهما قبل عقد النكاح فإن كان ما دفع على حساب المهر موجودًا استرده عينًا وإن كان فقد بالتصرف فيه أو تلف استرد قيمته إن كان عرضًا ومثله إن كان نقدًا ، أما الأشياء الأخرى التي أعطاها أحدهما للآخر على سبيل الهدية فتجري عليها أحكام الهبة .

(٢) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٣/١٥٤ ، ١٥٥) : « (أنفق) رجل (على معتدة الغير بشرط أن يتزوجها) بعد عدتها (إن تزوجته ، لا رجوع مطلقًا . وإن أبت ، فله الرجوع إن كان دفع لها . وإن أكلت معه ، فلا مطلقًا) » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٤٢١/٧ ، ٤٢٢) : « خطب امرأة ثم أرسل أو دفع بلا لفظ إليها مالًا قبل العقد ، أي : ولم يقصد التبرع ، ثم وقع الإعراض منها أو منه ، رجع بما وَصَلَها منه ، كما أفاده كلام البغوي ، =

من ذلك ، يحكم للزوج باسترداد ما دفعه على أنه من المهر ، سواء كان موجودًا أو غير موجود . فإن كان قائمًا ، أخذه بنفسه ، ولو تغير ونقصت قيمته بالاستعمال . وإن كان هالكًا أو مستهلكًا ، أخذ عِوَضه وهو مثله إن كان مثليًا وقيمته إن كان قيميًا . وإنما رجع بالمهر مطلقًا ؛ لأنه معاوضة ، ولم تتم ، فجاز الاسترداد .

٧٥١ - وأما إن كان هدية فله استردادها إن كانت أعيانها موجودة . فإن هلكت أو استهلكت ، فليس له استرداد قيمتها ، لأنها كالهبة المشروطة بالعِوَض ، وهو التزوج ، فإذا لم يحصل العوض ، يرجع الواهب في هبته إن لم يكن هناك مانع من الرجوع ، وهلاك الشيء واستهلاكه من ضمن الموانع من الرجوع في الهبة .

٧٥٢ - ومن هذا تعلم حكم ما يقع كثيرًا في زماننا من أن الرجل يخطب امرأة ، ثم يأخذ يكسوها ويهدي إليها في الأعياد أو يعطيها دراهم للنفقة أو المهر إلى أن يكمله لها ، طَمَعًا في العقد عليها ليلة الزفاف . فإنها إن أبت أن تتزوجه ، يرجع عليها بغير الهدية الهالكة ، لأن ذلك مشروط بالتزوج . ولو كان هناك قول يقول بالرجوع مطلقًا إذا كان سبب العدول غير قهري لكان وجيهًا أيضًا ؛ لأن المعطَى ليس هبة حقيقة ، بدليل قولهم كالهبة فلا يأخذ حكمها من كل وجه .

= واعتمده الأذرعي ، ونقله الزركشي وغيره عن الرافعي . وعبارة قواعده : خطب امرأة ، فأجابته ، فحمل إليهم هدية ، ثم لم ينكحها ، رجع بما ساقه إليها ؛ لأنه ساقه بناء على إنكاحه ، ولم يحصل . ذكره الرافعي في الصداق . وعجيب ممن ينقل ذلك عن فتاوى ابن رَزِين ، أي : وقد بان أن لا عجب ؛ لأن ابن رزين ذكره صريحًا ، والرافعي اقتضاءً كما تقرر . ثم قال : ولا فرق بين كون المُهْدَى من جنس الصداق أو من غير جنسه » .
قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٩٦/٨ ، ٢٩٧) : « الرابعة : هدية الزوجة ليست من المهر ، نص عليه . فإن كانت قبل العقد وقد وعدوه بأن يزوجوه ، فزوجوا غيره ، رجع بها . قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله . واقتصر عليه في الفروع . قلت : وهذا مما لا شك فيه ، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضًا : ما قُبِض بسبب النكاح فكمهر ، وقال أيضًا : ما كتب فيه المهر لا يخرج منها بطلاقها . وقال في القاعدة الخمسين بعد المائة : حكى الأثرم عن الإمام أحمد رحمه الله في المولى يتزوج العربية ، يفرق بينهما . فإن كان دفع إليها بعض المهر ، ولم يدخل بها ، يردوه . وإن كان أهدى هدية ، يردونها عليه . قال القاضي في الجامع : لأن في هذه الحال يدل على أنه وهب بشرط بقاء العقد ، فإذا زال ملك الرجوع كالهبة بشرط الثواب . انتهى . وهذا في الفُرْقة القَهْرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر ؛ وكذا الفرقة الاختيارية المُسْقِطَة للمهر . فأما الفسخ المقرر للمهر أو لنصفه ، فتثبت معه الهدية . وإن كانت العطية لغير المتعاقدين بسبب العقد كأجرة الدلال والخاطب ونحوهما ، ففي النظريات لابن عقيل : إن فسخ البيع بإقالة ونحوها ، لم يقف على التراضي ، فلا ترد الأجرة ، وإن فسخ بخيار أو عيب ، ردت ؛ لأن البيع وقع مترددًا بين اللزوم وعدمه . وقياسه في النكاح أنه إن فُسِخ لفقد الكفاءة أو لعيبه ، رُدَّتْ . وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة ، لم ترد » .

٧٥٣ - وقال ابن عابدين : لم أر حكم ما لو مات هو أو أبي ، فليراجع [١] . وبعد المراجعة في عدة كتب ، لم أجد نصًا في ذلك ، فلا أدري من أي كتاب أتى المؤلف بالحكم فيها ؛ لأنه قال : أو عدل هو . مع أن الظاهر أنه لا يرجع في الهدايا مطلقًا ، لأنها وإن كانت كالهبة بشرط العوض ولم يحصل ، إلا أن عدم حصوله آت من جهته هو ، بل لو قيل في المهر كذلك لما عدم نصيبًا من التوجيه إذا لم يكن مضطرًا في الامتناع ؛ لأن المنع ليس من المخطوبة أو وليها ، بل المنع من جهته . وإن فرق بين موته وإبائه كان حسنًا ، ومع كلٍّ ذلك فراجع لعلك تظفر بالنص .

٧٥٤ - وفي البحر ما يؤيد هذا البحث ، فإن فيه - في الجزء الثالث في صحيفة (١٩٩) - ما نصه : الثاني : لو خطب ابنة رجل فقال أبوها : إن نقدت إليَّ المهر كذا ، أزوجها منك . ثم بعد ذلك بعث بهدايا إلى بيت الأب ، ولم يقدر على أن ينقد المهر ، فلم يزوجه فأراد الرجوع . قالوا : ما بعث للمهر وهو قائم أو هالك ، يسترده ، وكذا كل ما بعث هدية وهو قائم ، فأما الهالك والمستهلك فلا شيء فيه . ا هـ [٢] .

٧٥٥ - **فهذا يفيد أن المنع آتٍ من قبل الزوج بلا اختياره بدليل قوله** : ولم يقدر على أن ينقد المهر ؛ فإنه ربما يفهم منه أنه لو كان قادرًا على دفع المهر وامتنع ، لم يثبت له الرجوع . وبالجملة فإني لم أرَ نصًا صريحًا في ذلك [٣] .

(مادة ١١١)

إِذَا بَعَثَ الزَّوْجُ إِلَى امْرَأَتِهِ شَيْئًا مِنَ النَّقْدَيْنِ أَوِ الْعرُوضِ أَوْ مِمَّا يُؤْكَلُ قَبْلَ الزِّفَافِ أَوْ بَعْدَ الْبِنَاءِ بِهَا ، وَلَمْ يَذْكُرْ وَقْتَ بَعْثِهِ أَنَّهُ مِنَ الْمَهْرِ وَلاَ غَيْرِهِ ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فَقَالَ الزَّوْجُ : هُوَ مِنَ الْمَهْرِ . وَقَالَتْ : هُوَ هَدِيَّةٌ . فَالْقَوْلُ لَهُ بِيَمِينِهِ فِيمَا لَمْ يَجْرِ عُرْفُ أَهْلِ الْبَلَدِ بِإِرْسَالِهِ هَدِيَّةً لِلْمَرْأَةِ ، وَلَهَا فِيمَا جَرَى بِهِ . فَإِنْ حَلَفَ الزَّوْجُ - وَالْمَبْعُوثُ قَائِمٌ - ، فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ أَبْقَتْهُ مَحْسُوبًا مِنْ مَهْرِهَا ، وَإِنْ شَاءَتْ رَدَّتْهُ وَرَجَعَتْ بِبَاقِي الْمَهْرِ أَوْ كُلِّهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ لَهَا شَيْئًا مِنْهُ . وَإِنْ هَلَكَ أَوِ اسْتُهْلِكَ تُحْتَسَبُ قِيمَتُهُ مِنَ الْمَهْرِ . وَإِنْ بَقِيَ لأَحَدِهِمَا بَعْدَ ذَلِكَ

---

(١) رد المحتار (٣/١٥٥) . (٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٣/١٩٩) .

(٣) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٥٠) إذا اختلف الزوجان في المقبوض ، فادعى الزوج المهر ، وادعت الهدية ، فأيهما أقام البينة قضي له بها ، وإن عجزا عن إقامة البينة ، قضي بعُرف الصلاحية ، ويقضى لمن يشهد له العرف بيمينه ، فإن لم يشهد العرف لأحدهما فالقول قول الزوج بيمينه .

شَيْءٌ ، يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الآخَرِ . وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ ، فَبَيِّنَتُهَا مُقَدَّمَةٌ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (١٩٧/٣ ، ١٩٨) : « (ومن بعث إلى امرأته شيئًا ، فقالت : هو هدية ، وقال : هو من المهر . فالقول قوله ، في غير المهيأ للأكل) ؛ لأنه المُمَلِّك ، فكان أعرف بجهة التمليك ، كيف وأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب ، إلا فيما يُتَعارف هدية ، وهو المهيأ للأكل ؛ لأنه متناقض عرفًا . وفَسَّر الإمام الولوالجي المهيأ للأكل بـ : ما لا يبقى ويفسد . فخرج نحو التمر ، والدقيق ، والعسل ، فإن القول فيه قوله . ا هـ . ودخل تحت غير المهيأ للأكل الثياب مطلقًا ، فالقول فيها قوله .

وقال الفقيه أبو الليث : المختار أن ما كان من متاع سوى ما يجب عليه ، فالقول له ، وإلا فلها كالدرع والخمار ومتاع البيت ؛ لأن الظاهر يكذبه ، والخُفُّ والمُلاَءَة لا تجب عليه ؛ لأنه ليس عليه أن يهيئ لها أمر خروجها . كذا في غاية البيان . وفي فتح القدير : ثم كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع والخمار ، إنما ينفي احتسابه من المهر لا من شيء آخر كالكسوة . ا هـ . وهذا البحث موافق لما في الجامع الصغير فإنه قال : إلا في الطعام الذي يؤكل ؛ فإنه أعم من المهيأ للأكل وغيره . وفيه أيضًا : والذي يجب اعتباره في ديارنا جميع ما ذُكِر من الحنطة ، واللوز ، والدقيق ، والسكر ، والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة ؛ لأن المتعارف في ذلك كله أن يرسله هدية . والظاهر مع المرأة لا معه ، ولا يكون القول له إلا في نحو الثياب والجارية . وهذا كله إذا لم يذكر وقت الدفع جهة أخرى غير المهر ، فإن ذكر وقال : اصرفوا بعض الدنانير إلى الشمع ، وبعضها إلى الحِنَّاء . لا يقبل قوله بعد ذلك أنه من المهر كما في القنية .

وأشار المصنف إلى أنه لو بعث إليها ثوبًا وقال : هو من الكسوة . وقالت : هدية . فإن القول قوله والبينة بينتها . كذا في الخلاصة من كتاب الدعوى ، وهذا يدل على أن البينة بينتها في مسألة الكتاب أيضًا ؛ لعدم الفرق بينهما . وأراد بكون القول قوله في المختصر أن يحلف ، فإن حَلَف إن كان المتاع قائمًا كان للمرأة أن ترد المتاع ، لأنها لم تَرْضَ بكونه مهرًا ، وترجع على الزوج بما بقي من المهر . وإن كان المتاع هالكًا إن كان شيئًا مِثْلِيًا ، رَدَّتْ على الزوج مثل ذلك . وإن لم يكن مثليًا ، لا ترجع على الزوج بما بقي من المهر . كذا في الخانية . وهذا إذا لم يكن من جنس المهر . فإن كان من جنسه ، وقع قصاصًا كما لا يخفى . وصرح في معراج الدراية : أن فيما كان القول فيه قولها وهو المهيأ للأكل ؛ فإنه مع يمينها ، وإن كان العرف شاهدًا لها .

وأشار المصنف إلى أن الزوج لو بَعَثَ إليها هدايا ، وعوضته المرأة ثم زُفَّتْ إليه ؛ ثم فارقها وقال : بعثتها إليكِ عارية . وأراد أن يسترده وأرادت هي أن تسترد العِوَض ، فالقول قوله في الحكم ؛ لأنه أنكر التمليك . وإذا استرده ، تسترد هي ما عوضته . كذا في الفتاوى للسمرقندي » .

قول الشافعية : جاء في حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب (٢٧٠/٤) : « لو أعطاها مالًا ، وادعت أنه هدية ، وقال : بل صداق . صُدِّق بيمينه . وإن لم يكن المدفوع من جنس الصداق ؛ لأنه أعرف بكيفية إزالة ملكه . فإن أعطى من لا دَيْن عليه شيئًا ، وقال الدافع بعوض وأنكر الأخذ ، صُدِّق بيمينه . ويفارق ما قبله بأن الزوج مستقل بأداء الدين وبقصده وبأنه يريد براءة ذمته ، بخلاف معطي من لا دين عليه فيهما » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٣٢٠/٢ ، ٣٢١) : « (وفي تشطر هدية) تطوع بها الزوج (بعد العقد وقبل البناء) بالطلاق قبله ، فيرجع الزوج عليها بنصفها (أو لا شيء له) منها (وإن) كانت قائمة (لم تفت) وهو المذهب . فإن بنى لها ، فلا شيء له منها ، ولو قائمة . وهذا في النكاح الصحيح ، وأشار للفاسد بقوله : (إلا أن يفسخ) النكاح (قبل البناء فيأخذ) الزوج (القائم منها) أي : من الهدية ، وضاع =

٧٥٦ - وإذا تزوج رجل امرأة ، وبعث إليها شيئًا ، سواء كان هذا الشيء من الذهب والفضة أو من العروض : كالحرير ، والصوف ، والكستور ، أو خاتمًا من الماس ، أو كان مما يؤكل سواء كان مهيأً للأكل : كخبز ولحم مشوي ، أو غير مهيأً للأكل : كالحنطة ، واللوز ، والدقيق ، والسكر ، والبن ، ولم يذكر الزوج وقت إرساله أنه من المهر ولا من غيره ، سواء كان هذا الإرسال قبل أن تزف إليه الزوجة أو بعد الزفاف ، ثم حصل خلاف بين الزوجين ، فقال الزوج : أرسلته على أنه من المهر . وقالت الزوجة : لا ، بل هو هدية . فينظر إلى العُرف ، فإن كان عُرف أهل البلد جاريًا بإرسال الشيء المتنازع فيه على أنه من المهر ، فالقول قول الزوج بيمينه ؛ لأن الظاهر يشهد له ، وهو يسعى في إسقاط ما في ذمته ؛ ولأنه هو المملِّك ، فهو أعرف بجهة التمليك ، كما إذا قال رجل لآخر : أودعتُ عندك هذا الشيء . وقال الآخر : لا ، بل وهبته لي . كان القول قول من يدعي الوديعة .

٧٥٧ - وإن كان العرف جاريًا بإرسال مثل الشيء المتنازع فيه هدية ، فالقول قول

= عليه ما فات منها . فهذا الاستثناء منقطع ؛ لأنه في الفاسد وما قبله في الصحيح (لا إن فسخ بعده) أي : بعد البناء ، فلا شيء له منها ، ولو قائمة ؛ لأن الذي أهدي لأجله قد حصل (روايتان) راجع لما قبل الاستثناء (وفي القضاء) على الزوج عند المنازعة (بما يهدي) للزوجة (عرفًا) قبل البناء وليس مشترطًا فيه وعدمه (قولان) وعلى القضاء فقيل : يتكمل بالموت ، ويتشطر بالطلاق قبل البناء . وقيل : يسقط بهما إذا لم يقبض . وعلى عدمها فهي هبة ، لا بد فيها من الحَوْز ، وتكون كالهبة المتطوع بها بعد العقد . فإن خُيِّرت وطَلَّق قبله ، فأصح الروايتين لا شيء له » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/١٨١) : « فإن دفع إليها ألفًا ثم اختلفا ،فقال : دفعتُها إليكِ صداقًا . وقالت : بل هبة .

فإن كان اختلافهما في نيته كأن قالت : قصدتَ الهبة . وقال : قصدتُ دفع الصداق . فالقول قول الزوج بلا يمين ، لأنه أعلم بما نواه ، ولا تَطَّلِعُ المرأةُ على نيته .

وإن اختلفا في لفظه ، فقالت : قد قلتَ : خذي هذا هبة أو هدية . فأنكر ذلك ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنها تدعي عقدًا على ملكه ، وهو ينكره ، فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها . لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه ، كأن أصدقها دراهم ، فدفع إليها عوضًا ثم اختلفا ، وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها ، فللمرأة رَدُّ العرض ومطالبته بصداقها . قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف ، فبعث إليها بقيمته متاعًا وثيابًا ، ولم يخبرهم أنه من الصداق ، فلما دخل سألته الصداق ، فقال لها : قد بعثتُ إليكِ بهذا المتاع ، واحتسبتُه من الصداق . فقالت المرأة : صداقي دراهم . تَرُدُّ الثياب والمتاع ، وترجع عليه بصداقها . فهذه الرواية إذا لم يخبرهم أنه صداق . فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق ، وادعت هي أنه قال : هو هبة . فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ، ويتراجعان بما لكل واحد منهما . وحكي عن مالك أنه قال : إن كان مما جرت العادة بهديته : كالثوب والخاتم ، فالقول قولها ؛ لأن الظاهر معها . وإلا فالقول قوله .

ولنا : أنهما اختلفا في صفة انتقال ملكه إلى يدها ، فكان القول قول المالك ، كما لو قال : أودعتُكِ هذه العين . قالت : بل وهبتَها » .

المرأة بيمينها ؛ لأن الظاهر يشهد لها . وبما أننا بنينا الحكم على العرف ، فلا يمكننا أن نقول : أن القول قولها فيما إذا كان المرسل فواكه مثلًا ، والقول قوله فيما إذا كان ثيابًا ، لأن ذلك يختلف باختلاف البلاد والأزمان . فالحكم يختلف بالنسبة للبلد والزمن والزوج ، فلا بد من أن القاضي ينظر ويحكم حسب العرف الجاري .

٧٥٨ - فإن حلف الزوج أن ما أرسله إليها من المهر : فإما أن يكون المبعوث موجودًا ، أو غير موجود بأن كان هالكًا أو مستهلكًا.

٧٥٩ - فإن كان موجودًا ، خُيِّرت الزوجة بين أمرين :

٧٦٠ - **الأول** : أن تبقيه محسوبًا من المهر ، وترجع على الزوج بالباقي إن لم يَفِ بالمهر . فإن وفى به ، فلا رجوع .

٧٦١ - **الثاني** : أن ترده على الزوج ، وترجع بباقي المهر إن كانت أخذت منه شيئًا غيره ، أو ترجع بكله إن لم تكن أخذت منه شيئًا ؛ لأنه عوض عن المهر ، فلا ينفرد به الزوج ، فلا بد من رضاها . وهي لم تأخذه على أنه من المهر ، بل على أنه هدية كما ادعت ذلك .

٧٦٢ - وإن كان هالكًا أو مستهلكًا فلا يمكنها أن ترده على الزوج ، لكن إن كان مثليًا فلها أن ترد مثله على الزوج وتأخذ المهر ، وإن كان قيميًا تحتسب قيمته من المهر .

٧٦٣ - فإن بقي لأحدهما بعد ذلك شيء ، يرجع به على الآخر .

٧٦٤ - وهذا كله إذا لم يكن المبعوث من جنس المهر . فإن كان من جنسه ، وقع التقاصُّ كما لا يخفى . فإن أقام أحدهما بينة ، قبلت بينته ؛ لأنه نوَّر دعواه بالحجة . وإن أقام كلٌّ منهما بينة ، قُدِّمَت بينتها ؛ لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ، والظاهر يشهد له ؛ إذ هو يسعى في إسقاط ما في ذمته .

٧٦٥ - فإن ذكر وقت الدفع جهة أخرى غير المهر بأن قال : اصرفوا بعض هذه الدنانير إلى الشمع وبعضها إلى الحِنَّاء . فلا يقبل قوله : إنه من المهر ؛ لأنه صُرِف إلى الجهة التي عيَّنها ، فلا يتأتَّى صرفه لغيرها ؛ لأن الظاهر يشهد لها .

٧٦٦ - ولو ادعت المرأة أن المبعوث من المهر ، وقال : هو وديعة . فإن كان من جنس المهر ، فالقول لها . وإن لم يكن من جنس المهر ، فالقول له بشهادة الظاهر .

٧٦٧ - ولو بعث إلى امرأته شيئًا ، وبعث إليه أبوها شيئًا ، ثم قال : هو من المهر . فلأبيها أن يرجع بما بعث إن كان من مال نفسه ، وكان قائمًا . وإن كان من مال البنت

بإذنها ، فلها الرجوع أيضًا ؛ لأنه عِوض عن الهبة ، وهذا ظاهر إذا كان ما بعث إلى الزوج بعد بعثه . فإن كان قبل إرساله ، فلا رجوع ؛ لأنه هبة من الزوجة للزوج .

٧٦٨ - وإذا تزوج رجل امرأة ، وبعث إليها بهدايا ، وأعطته المرأة في مقابلتها عِوَضًا ، ثم زفت إليه ، ثم فارقها ، وقال : إن ما بعثته إليك عارية . وأراد أن يسترد ذلك ، وأرادت المرأة أن تسترد العِوض ، فالقول له في الحكم ؛ لأنه أنكر التمليك . فإذا استرد ذلك منها ، كان لها أن تسترد ما عوضته . فإذا ادعى الزوج أن المرسل من الكسوة ، وقالت : هو هدية . فالقول قوله والبينة بينتها [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المهر حق الزوجة : المادة (٦١) : المهر مال الزوجة فلا تجبر على عمل الجهاز منه .

الفصل الثامن
في الجهاز ومتاع البيت
والمنازعات التي تقع بشأنهما

(مادة ١١٢)

لَيسَ المَالُ بِمَقْصُودٍ فِي النِّكَاحِ ، فَلاَ تُجْبَرُ المَرْأَةُ عَلَى تَجْهِيزِ نَفسِهَا مِنْ مَهرِهَا وَلاَ مِنْ غَيْرِهِ ، وَلاَ يُجْبَرُ أَبُوهَا عَلَى تَجْهِيزِهَا مِنْ مَالِهِ . فَلَوْ زُفَّتْ بِجَهَازٍ قَلِيلٍ لاَ يَلِيقُ بِالمَهْرِ الَّذِي دَفَعَهُ الزَّوْجُ ، أَوْ بِلاَ جَهَازٍ أَصْلاً ، فَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَتُهَا وَلاَ مَطَالَبَةُ أَبِيهَا بِشَيْءٍ مِنْهُ ، وَلاَ تَنْقِيصُ شَيْءٍ مِنْ مِقْدَارِ المَهْرِ الَّذِي تَرَاضَيَا عَلَيْهِ ، وَإِنْ بَالَغَ الزَّوْجُ فِي بَذْلِهِ رَغْبَةً فِي كَثْرَةِ الجَهَازِ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (١٥٨/٣) : « لو زُفَّت إليه بلا جهاز يليق به ، فله مطالبة الأب بالنقد . قنية . زاد في البحر عن المبتغى : إلا إذا سكت طويلًا ، فلا خصومة له . ولكن في النهر عن البزازية : الصحيح أنه لا يرجع على الأب بشيء ؛ لأن المال في النكاح غير مقصود » ، وجاء في حاشيته رد المحتار : « قوله : (يليق به) الضمير في عبارة البحر عن المبتغى عائد إلى ما بعثه الزوج إلى الأب من الدراهم والدنانير . ثم قال : والمعتبر ما يُتَّخَذُ للزوج ، لا ما يُتَّخَذُ لها . ا هـ . قلتُ : وهذا المبعوث يسمى في عرف الأعاجم بالدستمان كما يأتي قوله : (إلا إذا سكت طويلًا) قال الشارح في كتاب الوقف : ولو سكت بعد الزفاف زمانًا يُعْرَف بذلك رضاه ، لم يكن له أن يخاصم بعد ذلك ، وإن لم يتخذ له شيء . ا هـ . ح وأشار بقوله : يعرف . إلى أن المعتبر في الطول والقصر العُرْف . قوله : (لكن في النهر ، إلخ) ومثله في جامع الفصولين ولسان الحكام عن فتاوى ظهير الدين المرغيناني ، وبه أُفتي في الحامدية . قلت : وفي البزازية ما يفيد التوفيق ، حيث قال : تزوجها وأعطاها ثلاثة آلاف دينار الدستمان وهي بنت مُوسر ، ولم يعط لها الأب جهازًا ، أفتى الإمام جمال الدين وصاحب المحيط بأن له مطالبة الجهاز من الأب على قدر العرف والعادة ، أو طلب الدستمان . قال : وهذا اختيار الأئمة ، وقال الإمام المرغيناني : الصحيح أنه لا يرجع بشيء ؛ لأن المال في النكاح غير مقصود . وكان بعض أئمة خوارزم يعترض بأن الدستمان هو المهر المعجل كما ذكره في الكافي وغيره ، فهو مقابَل بنفس المرأة ، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه ، فكيف يملك الزوج طلب الجهاز والشيء لا يقابله عِوَضان . وأجاب عنه الفقيه ناقلًا عن الأستاذ : أن الدستمان إذا أُدْرِج في العقد ، فهو المعجل الذي ذكرته ، وإن لم يدرج فيه ولم يعقد عليه فهو كالهبة ، بشرط العوض وذلك ما قلناه ، إن لم يذكره في العقد وزُفَّت إليه بلا جهاز ، وسكت الزوج أيامًا لا يتمكن من دعوى الجهاز ؛ لأنه لما كان محتملًا وسكت زمانًا يصلح للاختيار ، دَلَّ أن الغرض لم يكن الجهاز . ا هـ ملخصًا .

وحاصله : أن ذلك المعجل لا يلزم كونه هو المهر المعجل دائمًا كما يوهمه كلام الكافي ، حتى يَرِدَ أنه مقابل لنفسها لا بجهازها بل فيه تفصيل ، وهو أنه إن جُعِل من جملة المهر المعقود عليه ، فهو المهر المعجل ، وهو مقابَل بنفس المرأة ، وإلا فهو مقابَل بالجهاز عادة ، حتى لو سكت بعد الزفاف ، ولم يطلب جهازًا ، عُلِم أنه دفعه تبرعًا بلا طلبِ عِوَض ، وهو في غاية الحسن ، وبه يحصل التوفيق ، والله الموفق . =

٧٦٩ - اعلم أن المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا معارض لها إن كانت رشيدة ؛ فليس للزوج معارضتها في التصرفات التي تتصرفها في المهر ، وليس له أن ينتفع بشيء مما اشْتُرِيَ به إلا برضاها ، وحينئذٍ فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من المهر ولا غيره إن كانت رشيدة ، ولا يجبر أبوها على ذلك إن كانت غير رشيدة ؛ لأن الغرض من الزواج التناسل لا المال .

٧٧٠ - **ويترتب على ذلك** : أن الزوجة إذا زُفَّت إلى زوجها بلا جهاز أصلًا، أو بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه ، فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء من المهر ولا تنقيص شيء منه بعد الاتفاق ، بل يُلْزَم بدفع المتفق عليه ، وإن بالغ في المهر رغبة في كثرة الجهاز .

٧٧١ - **وبعضهم يقول** : إذا زفت إليه بلا جهاز أصلًا ، فله مطالبة الأب أو مطالبتها بما بعث من الدنانير والدراهم ، وإن كان الجهاز قليلًا فله المطالبة بما يليق بالمبعوث . **يعني** : إذا لم تجهز بما يليق بالمبعوث ؛ فله استرداد ما بعث .

٧٧٢ - والمعتبر ما يتخذ للزوج لا ما يتخذ لها ، إلا إذا سكت بعد الزفاف زمانًا يدل على رضاه ، فليس له أن يخاصم بعد ذلك ، وإن لم يتخذ له شيء ؛ والمعتبر في طول الزمن وقصره العُرف ، ويظهر من كلامهم ترجيح الأول (١).

(مادة ١١٣)

إِذَا تَبَرَّعَ الأَبُ وَجَهَّزَ بِنْتَهُ الْبَالِغَةَ مِنْ مَالِهِ ، فَإِنْ سَلَّمَهَا الْجَهَازَ فِي حَالِ صِحَّتِهِ ، مَلَكَتْهُ بِالْقَبْضِ ، وَلَيْسَ لأَبِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَلاَ لِوَرَثَتِهِ اسْتِرْدَادُ شَيْءٍ مِنْهُ . وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهَا ،

= ولكن الظاهر جريان الخلاف في صورة ما إذا كان معقودًا عليه ، لأنه وإن ذُكِر على أنه مهر ، لكن من المعلوم عادة أن كثرته لأجل كثرة الجهاز ، فهو في المعنى بدل له أيضًا ، ولهذا كان مهر من لا جهاز لها أقل من مهر ذات الجهاز وإن كانت أجمل منها . ويجاب بـ : أنه لما صرح بكونه مهرًا ، وهو ما يكون بدل البُضْع الذي هو المقصود الأصلي من النكاح دون الجهاز ، لم يعتبر المعنى . وهذا غير معروف في زماننا ، بل كل أحد يعلم الجهاز للمرأة إذا طلقها تأخذه كله ، وإذا ماتت يُوَرَّثُ عنها ، وإنما يزيد المهر طَمَعًا في تزيين بيته به وعوده إليه ولأولاده إذا ماتت ، وهذه المسألة نظير ما لو تزوجها بأكثر من مهر المثل على أنها بِكْر فإذا هي ثَيِّب ؛ فلذا كان المصحح هنا عدم الرجوع بشيء كما مَرَّ عن المرغيناني » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٥٢) أ - تتملك البالغة الجهاز الذي يجهزها به الأب حال صحته بالقبض .

ب - تتملك القاصرة الجهاز الذي يجهزها به الأب بمجرد شرائه لها ولو لم تقبضه .

ج - إذا جهز الأب ابنته حال مرض موته فلا تتملك الجهاز إلا بإجازة الورثة .

فَلاَ حَقَّ لَهَا فِيهِ . وَلَوْ سَلَّمَهُ إِلَيْهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، فَلاَ تَمْلِكُهُ إلاَّ بِإجَازَةِ الْوَرَثَةِ (١) .

* * *

٧٧٣ – فإن اشترى الأب بالمهر جهازًا لابنته كما هي العادة الجارية ؛ فلا كلام في أنها تملكه بمجرد الشراء ؛ إذ هو بدل ما تملكه وهو المهر .

٧٧٤ – وأما إن اشترى شيئًا من مال نفسه لجهازها أيضًا : فإما أن يصرح وقت الشراء بأنه يشتريه على ذمتها ، أو لا يصرح .

٧٧٥ – فإن صرح بذلك : فإما أن تكون البنت كبيرة أو صغيرة . فإن كانت كبيرة فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

٧٧٦ – **الأول** : أن يكون الشراء والتسليم حصلا في حال صحته .

٧٧٧ – **الثاني** : أن يكون الشراء حال الصحة ، والتسليم حال المرض .

٧٧٨ – **الثالث** : أن يكون كل منهما حال المرض .

فإن كان الأول ملكته بالقبض ، فليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته بعد موته استرداد شيء منه أصلًا إلا برضاها ؛ لأنه صار ملكًا لها ، ولا يجبر أحد على إعطاء ملكه لغيره ، فلو فرض أن الأب مات في هذه الحالة قبل أن يدفع ثمن الجهاز ، فالدائن يأخذ ثمنه من التركة ، ويقسم ما بقي منها بعد قضاء هذا الدين بين الورثة ومنهم البنت بدون أن يَسْقُط من نصيبها شيءٌ في مقابلة ثمن الجهاز .

٧٧٩ – وإن كان الثاني أو الثالث : فإما أن تجيز الورثة هذا التمليك ، أو لا . فإن أجازته ملكته أيضًا ؛ لأن هذا حقهم وقد أسقطوه ، فلا اعتراض عليهم متى كان كلٌّ منهم أهلًا للتمليك . وإن لم يجيزوه ، فلا تملكه بل يكون من ضمن التركة ، فيأخذ كلٌّ من الورثة حقه فيه ؛ لأن التمليك – والحالة هذه – هبة للوارث حال المرض ، فتعتبر وصية ، ولا وصية لوارث إلا بإجازة بقية الورثة .

٧٨٠ – ولا يقال : إن هناك صورة رابعة ، وهي ما إذا كان الشراء حال المرض والتسليم

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في العقود الدرية (٢٧/١) : « (سئل) في رجل اشترى في حال صحته لبنته الصغيرة أوانيَ ، ليجهزها بها ، ثم مات عن ورثة ، فهل يكون ذلك للبنت خاصة ؟ .

(**الجواب**) : نعم ، قال في الولوالجية : إذا جهز الأب ابنته ، ثم مات ، وبقية الورثة يطلبون القَسْم منها . فإذا كان الأب اشترى لها في صغرها أو بعدما كبرت ، وسَلَّم إليها ذلك في صحته ، فلا سبيل لورثته عليه ، ويكون للابنة خاصة » ، وينظر : رد المحتار (٦٨٤/٣) .

في حال الصحة ، لأنا نقول : إن الغرض من المرض هو مرض الموت ، أي : المرض الذي يعقبه الموت . فإذا صح من المرض الذي حصل فيه الشراء ، فلا يقال : إنه مريض مرض الموت . وحينئذٍ فلو حصلت هذه الصورة ، ملكته بالتسليم ، فتكون كالصورة الأُولى .

(مادة ١١٤)

إِذَا اشْتَرَى الأَبُ مِنْ مَالِهِ فِي صِحَّتِهِ جِهَازًا لِبِنْتِهِ الْقَاصِرَةِ ، مَلَكَتْهُ بِمُجَرَّدِ شِرَائِهِ، سَوَاءٌ قَبَضَتْهُ بِنَفْسِهَا وَهِيَ مُمَيِّزَةٌ فِي حَالِ صِحَّتِهِ ، أَوْ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، أَوْ لَمْ تَقْبِضْهُ فِي حَيَاتِهِ . وَلَيْسَ لَهُ وَلاَ لِوَرَثَتِهِ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْهُ. وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ دَفْعِ ثَمَنِهِ ، يَرْجِعُ الْبَائِعُ عَلَى تَرِكَتِهِ ، وَلاَ سَبِيلَ لِلْوَرَثَةِ عَلَى الْقَاصِرَةِ .

٧٨١ – وإن كانت البنت صغيرة ملكته بمجرد الشراء في الصورة الأولى والثانية ، سواء قبضته بنفسها وهي مميزة في حال صحته أو في مرض موته أو لم تقبضه في حياته ، فليس له ما دام حيًا ولا لورثته بعد موته أخذ شيء منه – والحالة هذه – ؛ لأنه صار مملوكًا لها بمجرد الشراء .

٧٨٢ – فلو مات الأب قبل أن يدفع الثمن ، فللبائع أخذ ثمنه من التركة ، ويقسم الباقي منها على الورثة ، وليس لهم أن يسقطوا من نصيب البنت شيئًا في مقابلة ثمن هذا الجهاز .

٧٨٣ – وفي الصورة الثالثة : إن أجازت الورثة ، ملكته ؛ لأن كلاً منهم أسقط حقه فيه ، فيسقط متى كان أهلًا للإسقاط . وإن لم تُجِزْ ، فلا تملكه ، وحينئذٍ يكون من ضمن التركة ؛ فيأخذ كلٌّ من الورثة نصيبه منه .

٧٨٤ – فظهر مما تقدم : أنه متى كان الشراء والتسليم حال الصحة ، ملكته البنت ، سواء كانت كبيرة أو صغيرة . ومتى كان كلٌّ منهما حال المرض ، فلا تملكه مطلقًا . وأما لو كان الشراء في حال الصحة والتسليم في حال المرض ، ملكته الصغيرة لا الكبيرة .

٧٨٥ – **والفرق بينهما** : أن الأب له الولاية على أموال بنته الصغيرة ، فيده قائمة مقام يدها ، فبمجرد الشراء على ذمتها انتقل الملك لها وصار تحت يد الأب كباقي أموالها ، بخلاف الكبيرة فإن لها الولاية على مال نفسها ، فليست يد أبيها كيدها ، فلا تملك ما تبرع به الأب إليها إلا بوضع يدها عليه. ومثل الجهاز في كل الأحوال المتقدمة غيره .

(مادة ١١٥)

إِذَا جَهَّزَ الأَبُ بِنْتَهُ مِنْ مَهْرِهَا ، وَقَدْ بَقِيَ عِنْدَهُ شَيْءٌ مِنْهُ فَاضِلًا عَنْ تَجْهِيزِهَا ، فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِهِ (١) .

* * *

٧٨٦ - وبما أنك قد علمت مما تقدم أن المهر ملك للمرأة ، وليس لأحد فيه حق ، فإذا جهزها أبوها به كله ، فلا كلام ، وأما إن جهزها ببعضه ، فلها الحق في مطالبته بما بقي منه ، سواء كان قليلًا أو كثيرًا ، ويجبر على دفعه لها (٢) .

(مادة ١١٦)

الْجَهَازُ مِلْكُ الْمَرْأَةِ وَحْدَهَا ، فَلاَ حَقَّ لِلزَّوْجِ فِي شَيْءٍ مِنْهُ .

وَلَيسَ لَهُ أَنْ يُجْبِرَهَا عَلَى فَرْشِ أَمْتِعَتِهَا لَهُ وَلأَضْيَافِهِ ، وَإِنَّمَا لَهُ الانْتِفَاعُ بِهَا بِإِذْنِهَا وَرِضَاهَا .

وَلَوِ اغْتَصَبَ شَيْئًا مِنْهُ حَالَ قِيَامِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ بَعْدَهَا ، فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِهِ ، أَوْ بِقِيمَتِهِ إِنْ هَلَكَ أَوِ اسْتُهْلِكَ عِنْدَهُ (٣) .

* * *

٧٨٧ - وإذا ثبت أن المهر ملك للمرأة ، فالجهاز الذي اشْتُرِيَ به ملكها أيضًا وحدها ؛ لأنه مقابل ملكها ، وحينئذٍ فلا حق للزوج في أخذ شيء منه ولا الانتفاع به إلا برضاها .

٧٨٨ - فليس له أن يجبرها على فرش أمتعتها في بيته ، سواء كان له أو لغيره . فلو رضيت بذلك ، ثبت له هذا الحق ، لأن الشخص له أن يُمَلِّكَ غيره عين ما يملكه أو منفعته ، سواء كان بعوض أو بغير عوض .

(١) قول الحنفية : جاء في العقود الدرية (٢٨/١) : « للبنت مطالبة أبيها بما بقي معه من المهر فاضلًا عما جَهَّزَها به » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٥١) أ - الزوج ملزم بإعداد منزل الزوجية ، فإن أعدت الزوجة شيئًا منه كان ملكا لها .

ب - للزوج الانتفاع بالجهاز المملوك للزوجة ما دامت الزوجية قائمة فإن أتلفه متعمدًا ضمن .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في رد المحتار (٥٨٥/٣) : « الجهاز ملك المرأة ، وإذا طلقها تأخذه كله ، وإذا ماتت يُوَرَّثُ عنها ، ولا يختص بشيء منه » ، وجاء في الدر المختار (٥٨٤/٣) : « رأينا من يأمرها بفرش أمتعتها له ولأضيافه جَبْرًا عليها ، وذلك حرام كمنع كسوتها » .

٧٨٩ - فلو فرض أن الزوج طلب من زوجته فرش أمتعتها في بيته ، وامتنعت ، فأخذها قهرًا واستعملها ، كان غاصبًا ، أي : واضعًا يده على ملك غيره بلا حق شرعي ، ويترتب على غصبه لها أن الزوجة لها الحق في استردادها ما دامت موجودة .

٧٩٠ - فإن هلكت بنفسها أو استهلكها أحد وهي عنده ، فلها الحق في مطالبته بقيمتها ، سواء كان حال قيام الزوجية أو بعدها ، لأن يد الغاصب يد ضمان ، أي أن المغصوب يكون مضمونًا عليه ما لم يرده إلى يد المغصوب منه سالمًا (١) .

(مادة ١١٧)

إِذَا جَهَّزَ الأَبُ بِنْتَهُ ، وَسَلَّمَهَا إِلَى الزَّوْجِ بِجَهَازِهَا ، ثُمَّ ادَّعَى هُوَ أَوْ وَرَثَته أَنَّ مَا سَلَّمَهُ إِلَيْهَا أَوْ بَعْضَهُ عَارِيَةٌ ، وَادَّعَتْ هِيَ أَوْ زَوْجُهَا بَعْدَ مَوْتِهَا أَنَّهُ تَمْلِيكٌ لَهَا . فَإِنْ غَلَبَ عُرْفُ الْبَلَدِ أَنَّ الأَبَ يَدْفَعُ مِثْلَ هَذَا جَهَازًا لاَ عَارِيَةً ، فَالْقَوْلُ لَهَا وَلِزَوْجِهَا ، مَا لَمْ يُقِمِ الأَبُ أَوْ وَرَثَتُهُ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعوهُ. وَإِنْ كَانَ الْعُرفُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ ذَلِكَ ، أَوْ كَانَ الْجَهَازُ أَكْثَرَ مِمَّا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الأَبِ وَوَرَثَتِهِ . وَالأُمُّ فِي ذَلِكَ كَالأَبِ (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٥٣) إذا جهز الأب ابنته وسلمها إلى الزوج بجهازها ثم ادعى هو أو ورثته أن ما سلمه إليها أو بعضه عارية وادعت هي أو ورثتها أنه تمليك لها فينظر إلى عرف البلد :
أ - فإن غلب عرف البلد أن الأب يدفع مثل المتاع المتنازع فيه جهازًا لا عارية فيكلف الأب أو ورثته البينة ؛ فإن ثبتت الدعوى فيقضى بها وإلا فالقول قولها بيمينها أو قول ورثتها باليمين .
ب - فإن كان العرف مشتركًا بين ذلك أو كان الجهاز أكثر مما يجهز به مثلها فتكلف هي أو ورثتها البينة ؛ فإن ثبتت الدعوى قضى بها وإلا فالقول قول الأب أو ورثته باليمين .
المادة (٥٤) تأخذ الأم حكم الأب في قضايا الجهاز .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٣/٢٠٠) : « لو جهز بنته ، ثم ادعى أن ما دفعه لها عارية ، وقالت : تمليكًا . أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه ، وقال الأب : عارية . ففي فتح القدير ، والتجنيس ، والذخيرة ، والمختار للفتوى : أن القول للزوج ولها إذا كان العرف مستمرًا أن الأب يدفع مثله جهازًا لا عارية كما في ديارنا ، وإن كان مشتركًا فالقول قول الأب ، وقال قاضي خان : وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل ، إن كان الأب من الأشراف والكرام لا يقبل قوله : إنه عارية . وإن كان الأب ممن لا يجهز البنات بمثل ذلك ، قُبِل قوله .
والواقع في ديارنا القاهرة أن العرف مشترك ، فيفتى بأن القول للأب ، وإذا كان القول للزوج في المسألة الأولى فأقام الأب بينة قُبلت . قال في التجنيس ، والولوالجية ، والذخيرة : والبينة الصحيحة أن يشهد عند التسليم إلى المرأة أني إنما سَلَّمْتُ هذه الأشياء بطريق العارية ، أو يكتب نسخة معلومة ، ويُشْهِد الأبُ على إقرارها أن جميع ما في هذه النسخة مِلْك والدي عارية في يدي منه . لكن هذا يصلح للقضاء لا للاحتياط ، لجواز أنه =

٧٩١ - هذا إذا صرح الأب وقت شراء الجهاز بأنه مملوك لبنته وأما إذا لم يصرح وقت شرائه الجهاز من مال نفسه لبنته بأنه ملك لها ، أو كان هذا الشيء موجودًا عنده قبل تزوجها وسلمها إلى الزوج بهذا الجهاز ، ثم بعد ذلك أراد استرداده منها مدعيًا أنه أعطاه لها على سبيل الانتفاع لا التمليك ، وحينئذٍ يكون عارية ؛ فله الحق في أخذه منها متى أراد ، وهي تنكر ذلك وتدعي أن الإعطاء كان على سبيل تمليك نفس الجهاز لا الانتفاع به فقط ، فليس لك حق في استرداده .

= اشترى لها بعض هذه الأشياء في حالة الصغر ، فبهذا الإقرار لا يصير الأب صادقًا فيما بينه وبين اللّٰه تعالى ، والاحتياط أن يشتري منها ما في هذه النسخة بثمن معلوم ، ثم إن البنت تبرئه عن الثمن » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٧٨/٢) : « في فتاوى القاضي حسين : لو نقل ابنته وجهازها إلى دار الزوج ، فإن قال : هذا جهاز ابنتي . فهو ملك لها ، وإن لم يقل فهو عارية ، ويُصَدَّق بيمينه . فالحاصل أن التجهيز بمجرده ليس بتمليك وفاقًا ، ومع اللفظ تمليك . لكن قول الأب : هذا جهاز ابنتي . إقرار بالتمليك ، وليس بتمليك » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٨٦/٣ ، ٢٨٧) : « البكر إذا جهزها أبوها ، وأدخلها به على زوجها ، ثم ادعى بعد ذلك أن الجهاز أو بعضه عارية عند ابنته ؛ فلا يخلو حاله إما أن يدعي ذلك قبل مُضِي سنة من يوم الدخول ، أو لا .

فإن ادعى ذلك قبل مضي السنة ، فالقول قوله مع يمينه . ولو خالفته الابنة ، كان ما ادعاه مما يعرف له أم لا ، ادعى أنه له أو استعاره لها من غيره ، ومحل الكلام : حيث كان فيما أبقاه بعدما ادعاه وفاءً بما أصدق الزوج . فإن لم يكن فيما بقي وفاء ، فقال ابن حبيب : يحلف الأب ، ويأخذه ، ويطالب بإحضار ما فيه كِفَاف بما أصدقه الزوج . قاله ابن المَوَّاز : وقال في العُتْبِيَّة : لا يُقْبَل منه ، إلا أن يعرف أن أصل المتاع للأب ، فيحلف ، ويتبع بالوفاء واقتصر عليه ابن عرفة وصاحب التوضيح . والأب والأجنبي سواء فيما عُرِف أصله . قال في التوضيح : ولا تقبل دعوى العارية إلا من الأب في ابنته البكر ، وأما الثيب فلا ؛ لأنه لا رضا للأب في مالها .

وقال ابن رشد : ومثل البكر الثيب التي في ولايته قياسًا على البكر ، ومثل الأب الوصي فيمن في ولايته من بكر أو ثيب مولًى عليها ، وأما الثيب التي ليست في ولاية أبيها فهو في حقها كالأجنبي ؛ وكذا سائر الأولياء غير الأب في البكر والثيب لا يقبل قولهم إذا خالفتهم المرأة أو وافقتهم وكانت سفيهة . والبكر المرشدة كالثيب الرشيدة واستظهر بعض أن المهملة هنا كالمولى عليها .

لا إن بعد ولم يشهد معطوف على : في السنة . فهو عطف معنًى يعني : أن الأب إذا ادعى أن ما جَهَّز به ابنته البكر على ما مر عارية عندها بعد السنة من يوم الدخول ، والحال أنه لم يُشْهِد عليها بالعارية عند إدخالها أو قبل مضي السنة ؛ فإنه لا يُصَدَّق ، وسواء عُرِف أصله أم لا ؛ لطول حيازة الابنة إذا كذبته الزوجة والزوج . فإن أشهد أخذه ، ولو طال ، والأب والأجنبي في هذا سواء ، وسواء علمت الابنة بالإشهاد أم لا (ص) فإن صدقته (ش) الابنة وهي رشيدة أن الذي جهزها به عارية عندها (ف) إنَّ تصديقها (في ثلثها) فإن زاد ، فللزوج رَدُّ الجميع . وهو ظاهر كلام النوادر ، وقال ابن الهندي : إنما يَرُدُّ ما زاد على الثلث . واقتصر عليه في التوضيح » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٤/٤) : « تجهيز بنته بجهاز إلى زوج تمليك في الأصح ، وذكر ابن عقيل وغيره صحة الهبة » .

٧٩٢ – فإن أقام أحدهما بينة على دعواه ، حكم له ؛ لأنه نور دعواه بالحجة .

٧٩٣ – وإن لم يقم أحدهما بينة ، نرجع إلى المتعارف بين الناس ؛ إذ هو الذي يرجح دعوى أحدهما .

٧٩٤ – فإن غلب عرف البلد أن الأب يدفع مثل هذا جهازًا لا عارية ، فالقول لها بيمينها ؛ لأن الظاهر يشهد لها .

٧٩٥ – وإن غلب العرف أن الأب يدفعه عارية ، فالقول للأب بيمينه .

٧٩٦ – وإن كان العرف مشتركًا ، فالقول للأب ؛ لأنه المعطي فجهة الإعطاء لا تُعْلَم إلا منه ، فكان القول له بيمينه ، وليس هناك ما يكذب دعواه قطعًا ؛ إذ الموضوع أن العرف مشترك .

٧٩٧ – **ومثل هذا** : ما إذا كان الجهاز الذي يدعي إنه عارية أكثر مما يجهز به مثلها ، فإن القول له بيمينه .

٧٩٨ – ولو مات الأب وادعت الورثة أن هذا الجهاز عارية ، ويقصدون بذلك أنه من ضمن التركة ؛ لأنه لم يخرج عن ملك مورثنا، فيأخذ كلٌّ منا حقه فيه ، ولا تختص به البنت ، وأنكرت البنت ذلك قائلة : إنه ملكي ، لا يزاحمني فيه غيري ، فأستوفي نصيبي من التركة بدون أن يُسْقَطَ شيء منه في مقابلة هذا الجهاز ؛ لأن أبي ملكه لي حال حياته . كان الحكم كما لو كان الأب موجودًا وادعى أنه عارية .

٧٩٩ – ولو ماتت الزوجة وادعى الأب ما تقدم ، يقصد أن هذا ليس ملكًا لبنتي ، فلا حق للزوج في الإرث منه ، والزوج يدعي أنه مَلَّكه لها حال حياتها فيكون تركة ، فلي الحق في أخذ نصيبي منه ، كان الحكم كما تقدم أيضًا .

٨٠٠ – **ومثل هذا** : ما إذا ماتت البنت والأب ، واختلفت الورثة والزوج في التمليك والعارية .

٨٠١ – وكل ما تقدم مقيد بغير ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلي والثياب ، فإن الكثير منه أو الأكثر عارية . فلو ماتت ليلة الزفاف ، لم يكن للزوج أن يدعي أنه لها فيرث منه ، بل القول فيه للأب أنه أعاره لها أو استعاره . ولكن بالتأمل ترى أن هذا خارج من أول الأمر ؛ لأن هذا ليس من الجهاز عرفًا .

٨٠٢ – والأم والجد في جميع الأحكام المتقدمة كالأب ، بخلاف الولي غير الأب والجد ؛ لعدم جريان العرف بذلك . فإن جرى الغرف بأنه يجهز الصغيرة ، كان الحكم كما تقدم أيضًا .

٨٠٣ – ولو دفعت الأم في تجهيزها لابنتها أشياء من أمتعة الأب بحضرته ، وعلمه وهو ساكت ، وزفت إلى الزوج ، فليس للأب أن يسترد ذلك من البنت ؛ لجريان العرف

به . وكذا لو أنفقت الأم في جهاز ابنتها ما هو معتاد ، والأب ساكت ، لا تضمن الأم ؛ لأن السكوت هنا كالنطق [١] .

(مادة ١١٨)

إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ حَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَ الْفُرْقَةِ فِي مَتَاعٍ مَوْضُوعٍ فِي الْبَيْتِ الَّذِي يَسْكُنَانِ فِيهِ ، سَوَاءٌ كَانَ مِلْكَ الزَّوْجِ أَوِ الزَّوْجَةِ ، فَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ عَادَةً فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ ، إِلاَّ أَنْ يُقِيمَ الزَّوْجُ الْبَيِّنَةَ .

وَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ أَوْ يَكُونُ صَالِحًا لَهُمَا ، فَهُوَ لِلزَّوْجِ مَا لَمْ تُقِمِ الْمَرْأَةُ الْبَيِّنَةَ .

وَأَيُّهُمَا أَقَامَهَا ، قُبِلَتْ مِنْهُ وَقُضِيَ لَهُ بِهَا ، وَلَوْ كَانَ الْمَتَاعُ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ مِمَّا يَصْلُحُ لِصَاحِبِهِ [٢] .

وَمَا كَانَ مِنَ الْبَضَائِعِ التِّجَارِيَّةِ ، فَهُوَ لِمَنْ يَتَعَاطَى التِّجَارَةَ مِنْهُمَا [٣] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٥٥) إذا اختلف الزوجان في متاع البيت الذي يصلح لأحدهما دون الآخر ؛ حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة فأيهما أقام البينة قضي له بها ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح للآخر ؛ فإن أقاما البينة فترجح بينة من يثبت خلاف الظاهر ، أما إذا عجزا عن إقامة البينة فيقضى للزوجة بيمينها بما يصلح للنساء وللزوج بيمينه بما يصلح للرجال .

المادة (٥٦) إذا اختلف الزوجان أو ورثتهما في متاع البيت الذي يصلح لهما فأيهما أقام البينة قضي له بها فإن أقاما البينة واستويا بها أو عجزا عن إقامتها فيقضى بالمتاع المتنازع فيه مناصفة بينهما بأيمانهما .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي** : المنازعة في متاع البيت : « إذا اختلف الزوجان في متاع البيت جاز لهما أو لأحدهما رفع الأمر إلى القضاء .

« ترفع هذه الدعوى ؛ بواسطة محام إلى المحكمة المختصة بمقال مكتوب أو تصريح شفوي بذلك لدى كتابة الضبط » .

« يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما مع بيان الأمتعة المتنازع فيها وقيمتها المالية » .

« تؤدي عن هذه الدعوى الرسوم القضائية ؛ ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر » .

« ترفق الدعوى بعقد الزواج أو بصورة منه مصادق عليها، وكذا بالحجج المثبتة إن كانت » .

« عند اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا حجة لهما فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء » .

« أما في المتاع المعتاد للرجال والنساء معًا فيحلف كل منهما ويقتسمانه » .

« إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت ؛ فإن حكم الوارث هو حكم الموروث وفق ما ذكر » .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الخانية (٤٠١/١) : « قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : إذا اختلف الزوجان في متاع موضوع في البيت الذي كانا يسكنان فيه حال قيام النكاح ، أو بعدما وقعت الفرقة =

٨٠٤ - وكل ما تقدم إنما هو بالنسبة للاختلاف في المهر ، فإن وقع الاختلاف في المتاع الموضوع في البيت : فإما أن يكون الاختلاف بين الزوجين سواء كان حال قيام الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما ، أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو بين ورثة كلٍّ منهما . وعلى كل من هذه الأحوال الثلاثة : فإما أن يكون المتاع المتنازع فيه صالحًا للزوج ، أو صالحًا للزوجة ، أو صالحًا لهما .

٨٠٥ - فإن كان الاختلاف بين الزوجين في المتاع الموجود في البيت الذي يسكنانه ، سواء كان البيت ملكًا للزوج أو للزوجة أو ملكًا لغيرها والزوج مستأجره من المالك ، بأن ادعى كل منهما أن المتاع ملك له . فإن أقام أحدهما بينة على دعواه ، قبلت وحكم له

= بفعلٍ من الزوج أو من المرأة ، فما يكون للنساء عادة كالدرع ، والخمار ، والمغازل ، والصندوق وما أشبه ذلك ، فهو للمرأة ، إلا أن يقيم الزوج البينة على ذلك ، وما يكون للرجال : كالسلاح ، والقَبَاء ، والقَلَنْسُوة ، والمِنْطَقة ، والقوس ونحو ذلك فهو للرجل ، إلا أن تقيم المرأة البينة على ذلك . وما يكون للرجال والنساء : كالعبد ، والخادم ، والفرش ، والشاة ، والثور ، فهو للرجل ، إلا أن تقيم المرأة البينة على ذلك » .

قول الشافعية : جاء في الأم (١٣٩/٧) : « وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت يسكنانه قبل أن يتفرقا ، أو بعدما تفرقا ، كان البيت للمرأة أو الرجل ، أو بعدما يموتان ، واختلفت في ذلك ورثتهما بعد موتهما ، أو ورثة الميت منهما والباقي كان الباقي الزوج أو الزوجة فسواء ذلك كله . فمن أقام البينة على شيء من ذلك ، فهو له . ومن لم يقم بينة ، فالقياس الذي لا يعذر أحد عندي بالغفلة عنه على الإجماع أن هذا المتاع في أيديهما معًا فهو بينهما نصفان كما يختلف الرجلان في المتاع بأيديهما جميعًا ، فيكون بينهما نصفين بعد الأيمان » . وينظر : الأم أيضًا (١٠٣/٥) ، (٤٢٧/٨) .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١٩٠/١ ، ١٩١) : « إذا اختلف الزوجان في متاع البيت وأثاثه وادعاه كل واحد منهما لنفسه ؛ فإنه يُفَصَّل في ذلك :

فما كان منه يليق بالرجل : كالسكين ، والرمح ، والفرس ، والكتاب ، فيحكم به للرجل مع يمينه ، ما لم تقم له بينة ، فلا يمين عليه .

وما يليق بالمرأة كالحلي وما لا يلبسه الرجال ، فيحكم به للمرأة مع يمينها ، ما لم تقم لها أيضًا بينة ، فلا يمين عليها .

وما يليق بكلٍّ منهما : كالرقيق ، والثياب التي يلبسها الرجال والنساء ، ففيه قولان :

أحدهما : أنهما يتحالفان ، ويُقْسَم بينهما أنصافًا .

والثاني : وهو المشهور أنه يحكم به للزوج أيضًا بعد يمينه ، وبهذا القول الحكم والقضاء .

ومن ادعى من الزوجين ما يليق به ولا بينة له ، وقلنا : القول قوله مع يمينه فنكل عن اليمين ، وحلف الآخر ، فإن ذلك يكون للحالف ؛ لأن نكول المدعي كالشاهد عليه ، فيحلف المدعى عليه ويستحق ، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٠٩/٧) : « وإن اختلف الزوجان في متاع البيت ، رَجَّحنا دعوى كلٍّ واحد منهما فيما يصلح له » .

به ، ولو كان الشيء المتنازع فيه مما يصلح للآخر ؛ لأنه نوَّر دعواه بالحجة .

٨٠٦ – وإن لم يقم أحدهما بينة ينظر إلى الشيء المتنازع فيه : هل هو صالح للرجل أو صالح للمرأة أو صالح لكل منهما ؟ .

٨٠٧ – فإن كان صالحًا للرجل وحده كالثياب الخاصة به ، حكم له به بيمينه ؛ لأن الظاهر يشهد له .

٨٠٨ – وإن كان صالحًا للمرأة فقط كالثياب الخاصة بها والأساور والحلي ، حكم لها به بيمَينها ؛ لأن الظاهر يشهد لها .

٨٠٩ – وإن كان صالحًا للاثنين كالأَسِرَّة والأواني ، حكم للزوج به ؛ لأنه صاحب اليد ، إذ المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول لصاحب اليد في الدعاوى ، بخلاف ما يختص بالمرأة ؛ لأن ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها ، فيتعارضان ، فيترجح الاستعمال من جهتها .

٨١٠ – وهذا إذا لم يكن الشيء المتنازع فيه من البضائع التجارية . فإن كان منها ؛ فهو لمن يتعاطى التجارة منهما ، سواء كان هو الزوج أو الزوجة [١] .

(مادة ١١٩)

إِذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، وَوَقَعَ النِّزَاعُ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ بَيْنَ الْحَيِّ وَوَرَثَةِ الْمَيِّتِ ، فَالْمُشْكِلُ

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي** : المنازعة في متاع البيت : « إذا اختلف الزوجان في متاع البيت جاز لهما أو لأحدهما رفع الأمر إلى القضاء .

« ترفع هذه الدعوى ؛ بواسطة محام إلى المحكمة المختصة بمقال مكتوب أو تصريح شفوي بذلك لدى كتابة الضبط » .

« يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما مع بيان الأمتعة المتنازع فيها وقيمتها المالية » .

« تؤدي عن هذه الدعوى الرسوم القضائية ؛ ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر » .

« ترفق الدعوى بعقد الزواج أو بصورة منه مصادق عليها، وكذا بالحجج المثبتة إن كانت » .

« عند اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا حجة لهما فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء » .

« أما في المتاع المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه » .

« إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت ؛ فإن حكم الوارث هو حكم الموروث وفق ما ذكر » .

الَّذِي يَصْلُحُ لِلرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ يَكُونُ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا عِنْدَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٠٨/٢ ، ٣٠٩) : « إذا ماتا ، فاختلف ورثتهما ، فالقول قول ورثة الزوج في قول أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف : القول قول ورثة المرأة إلى قَدْر جَهَاز مثلها . وقول ورثة الزوج في الباقي ؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث ، فصار كأن المورثين اختلفا بأنفسهما وهما حيان .
وإن مات أحدهما ، واختلف الحي وورثة الميت :
فإن كان الميت هو المرأة ، فالقول قول الزوج عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنها لو كانت حية لكان القول قوله ، فبعد الموت أولى . وعند أبي يوسف : القول قول ورثتها إلى قَدْر جَهَاز مثلها .
وإن كان الميت هو الزوج ، فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل . وعند أبي يوسف : في قَدْر جَهَاز مثلها .
وعند محمد : القول قول ورثة الزوج .
وجه : قولهما ظاهر ؛ لأن الوارث قائم مقام المورث . ولأبي حنيفة : أن المتاع كان في يدهما في حياتهما ؛ لأن الحرة من أهل الملك واليد ، فينبغي أن يكون بينهما نصفين كما قال زفر ؛ لأن يد الزوج كانت أقوى ، فسقطت يدها بيد الزوج . فإذا مات الزوج ، فقد زال المانع ، فظهرت يدها على المتاع .
ولو طَلَّقها في مرضه ثلاثًا أو بائنًا فمات ، ثم اختلفت هي وورثة الزوج ، فإن مات بعد انقضاء العدة ، فالقول قول ورثة الزوج ؛ لأن القول قول الزوج في المشكل بعد الطلاق ، فكان القول قول ورثته بعده أيضًا . وإن مات قبل انقضاء العدة ، فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل . وعند أبي يوسف : في قَدْر جَهَاز مثلها .
وعند محمد : القول قول ورثة الزوج ؛ لأن العدة إذا كانت قائمة ، كان النكاح قائمًا من وجه ، فصار كما لو مات الزوج قبل الطلاق وبقيت المرأة . وهناك القول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قَدْر جَهَاز مثلها . وعند محمد : القول قول ورثة الزوج كذا هاهنا » .
قول الشافعية : جاء في الأم (١٣٩/٧) : « وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت يسكنانه قبل أن يتفرقا ، أو بعدما تفرقا ، كان البيت للمرأة أو الرجل ، أو بعدما يموتان ، واختلفت في ذلك ورثتهما بعد موتهما ، أو ورثة الميت منهما والباقي كان الباقي الزوج أو الزوجة فسواء ذلك كله . فمن أقام البينة على شيء من ذلك ، فهو له . ومن لم يقم بينة ، فالقياس الذي لا يعذر أحد عندي بالغفلة عنه على الإجماع أن هذا المتاع في أيديهما معًا فهو بينهما نصفان كما يختلف الرجلان في المتاع بأيديهما جميعًا ، فيكون بينهما نصفين بعد الأيمان » . وينظر : الأم أيضًا (١٠٣/٥) ، (٤٢٧/٨) .
قول المالكية : جاء في تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون اليعمري (٦٨/٢) : « اختلاف الزوجين في متاع البيت وهما في العصمة ، أو بعد طلاق ، أو موت ، فكان التداعي بين الورثة . أو مات أحدهما ، فكان التداعي بينه وبين ورثة الآخر . وسواء كان الزوجان حرين ، أو عبدين ، أو مختلفين مسلمين ، أو أحدهما . فإن الحكم في ذلك : أن يُقْضَى للمرأة بما يعرف للنساء ، وللرجل بما يعرف للرجال ، وما يصلح لهما قُضِيَ به للرجال ؛ لأن البيت بيته في جاري العادة ، فهو تحت يده ، فيقدم لأجل اليد . وقال ابن القاسم : ما كان من شأن الرجال والنساء قُسِّمَ بينهما بعد أيمانهما ؛ لاشتراكهما في اليد » .

٨١١ - وإن مات أحد الزوجين ووقع النزاع بين الحي منهما وورثة الآخر ، بأن كان كل منهما يدعي ملكية هذا الشيء ، فأيهما أقام البينة ، حكم له بها ؛ لأنه أثبت دعواه .

٨١٢ - فإن لم يقم أحدهما بينة ، فما يصلح للرجل وحده ، حكم له به أو لورثته إن كان هو المتوفى .

٨١٣ - وما يصلح للمرأة ، حكم لها به أو لورثتها إن كانت هي المتوفاة .

٨١٤ - وما هو صالح للرجال والنساء ، قال أبو حنيفة : يحكم به للحي منهما ، سواء كان هو الزوج أو الزوجة . وقال أبو يوسف : يدفع للمرأة في المشكل ما يجهز به مثلها ، والباقي للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته . وقال محمد : ما يصلح لأحدهما فهو له ، وما يصلح لهما فهو للزوج . وقوله هذا لا يختلف بين أن يكون في حياتهما أو بعد موت أحدهما .

٨١٥ - **فحاصله** : أنهم اتفقوا على أن ما يصلح لأحدهما ، فهو له في الحياة والموت ، حتى تقوم ورثته مقامه . واختلفوا فيما يصلح لهما ، فأبو حنيفة جعله للزوج في حالة حياتهما وللحي منهما في حال موت أحدهما ، ومحمد جعله للزوج في الحالتين ، وأبو يوسف جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها في الحالتين ، لأنها تأتي بجهاز عادة ، فكان الظاهر شاهدًا لها ، وهو أقوى من ظاهر يد الزوج ، فيبطل به ظاهره ، ولا معارضة في الباقي فيعتبر لهما في الاستواء بين الحالتين ، إلا أن الورثة يقومون مقام الميت ؛ لأنهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم في المشكل بالموت ، كما لا يتغير في غير المشكل .

٨١٦ - **ولأبي حنيفة** رحمه الله : أن يد الحي منهما أسبق إلى المتاع ؛ لأن الوارث تثبت يده بعد موت المورث ؛ فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال ، بل هو أولى ، لأن لليد رُجْحَانًا مطلقًا ؛ ولذا يرجح به في غير هذا الباب ، بخلاف الصلاحية ؛ ولأن يد الحي منهما يد نفسه ، ويد الوارث خَلَف عن يد المورث ، فلا يعارض الأصل .

٨١٧ - وإن حصل الاختلاف بين ورثة الزوجين ، فالظاهر أنه كالاختلاف بين الزوجين ؛ لأن ورثة كلٍّ منهما يقومون مقامه ، ولم أره . فإن وجدتَ نصًّا فاعمل به . وهذا الموضوع يحتاج إلى فطنة القاضي وذكائه والتحري بقدر الإمكان ؛ لأنه مشكل ، والفصل فيه صعب جدًّا ؛ ولذا تشعبت الآراء وكثرت فيه المذاهب .

الباب الثامن
في نكاح الكتابيات وحكم الزوجية
بعد إسلام الزوجين أو أحدهما

الفصل الأول
في نكاح المسلم الكتابيات

(مادة ١٢٠)

يَصِحُّ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَتَزَوَّجَ كِتَابِيَّةً ، نَصْرَانِيَّةً كَانَتْ أَوْ يَهُودِيَّةً ذِمِّيَّةً أَوْ غَيْرَ ذِمِّيَّةٍ وإِنْ كُرِهَ (١) . وَيَصِحُّ عَقْدُ نِكَاحِهَا بِمُبَاشَرَةِ وَلِيِّهَا الْكِتَابِيِّ (٢) ، وَشَهَادَةِ كِتَابِيَّيْنِ وَلَوْ كَانَا مُخَالِفَيْنِ لِدِينِهَا . وَلاَ يَثْبُتُ النِّكَاحُ بِشَهَادَتِهِمَا إِذَا جَحَدَهُ الْمُسْلِمُ ، وَيَثْبُتُ بِهَا إِذَا أَنْكَرَتْهُ الْكِتَابِيَّةُ .

* * *

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٣١ ، ٣٢) .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٣٩/٢) : « وأما إسلام الولي فليس بشرط لثبوت الولاية في الجملة ، فيلي الكافر على الكافر ، لأن الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة عن تحصيل النظر في حق المُوَلَّى عليه ، ولا في الوراثة ، فإن الكافر يرث الكافر ؛ ولهذا كان من أهل الولاية على نفسه ، فكذا على غيره ، وقال ﷺ : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٥٨/٤) : « (ويلي) على الأصح المنصوص (الكافر) الأصلي (الكافرة) الأصلية ، ولو كانت عتيقة مسلم ، واختلف اعتقادهما . فيزوج اليهودي نصرانية ، والنصراني يهودية كالإرث ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ . وقضية التشبيه بالإرث : أنه لا ولاية لحربي على ذمية وبالعكس ، وأن المستأمن كالذمي وهو كما قال شيخنا ظاهر ، وصححه البُلْقِيني . ومرتكب المحرم المفسِّق في دينه من أولياء الكافرة كالفاسق عندنا ، فلا يزوج موليته ، بخلاف ما إذا لم يرتكب ذلك ، وإن كان مستورًا فيزوجها » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (١٨٨/٣) : « الكافر يزوج وليته الكافرة لمسلم ، وأولى لكافر . فإن لم يكن للكافرة ولي كافر ، فأساقفتهم . فإن امتنعوا ورفعت أمرها للسلطان ، جَبَرهم على تزويجها ؛ لأنه من رفع التظالم الذي له نظره ، ولا يجبرهم على تزويجها من مسلم » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢١/٧) : « إذا تزوج المسلم ذمية ، فوليها الكافر يزوجها إياه . ذكره أبو الخطاب . وهو قول أبي حنيفة والشافعي ؛ لأنه وليها ، فصح تزويجه لها ، كما لو زوجها كافرًا . ولأن هذه امرأة لها ولي مناسب ، فلم يجز أن يليها غيره ، كما لو تزوجها ذمي . وقال القاضي : لا يزوجها إلا الحاكم ؛ لأن أحمد قال : لا يعقد يهودي ولا نصراني عقدة نكاح لمسلم ولا مسلمة . ووجهه : أنه عقد =

٨١٨ - اعلم أنه يجوز للمسلم أن يتزوج من هي مقرة بدين سماوي ، سواء كانت نصرانية أو يهودية ، وسواء كانت ذمية أو مستأمنة أو حربية ، وإن كان يكره تزوج الحربية .

٨١٩ - فإن لم تكن مقرة بدين سماوي كالمجوسية والوثنية ، فلا يجوز تزوجها . وقد تقدم لك شرح هذا المقام في مادة (٣١ و ٣٢) بما لا مزيد عليه ، فارجع إليه إن شئت .

٨٢٠ - وقد علمت من مادة (٣٩) أنه لا ولاية للمسلم على غير المسلم ، إلا إذا كان صاحب ولاية عامة كالسلطان . وحينئذٍ فإن كانت الكتابية بالغة عاقلة فهي التي تزوج نفسها بلا توسط ولي ، وإن كانت صغيرة أو كبيرة غير عاقلة ، فالذي يتولى عقد زواجها هو وليها الكتابي .

= يفتقر إلى شهادة مسلمين ، فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين . والأول أصح ، والشهود يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية » .

قول الحنفية : جاء في المبسوط (٣٣/٥ ، ٣٤) : « ولو تزوج مسلم نصرانية بشهادة نصرانيين ، جاز النكاح في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، ولم يجز في قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى ؛ لأن هذا نكاح لا يصح إلا بشهود ، فلا يصح بشهادة الكافرين كالعقد بين المسلمين ، بخلاف أنكحة الكفار فإنها تنعقد بغير شهود . وحقيقة المعنى : أن هذا السماع شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم ، فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة . وشرط الانعقاد : سماع البينة كلا شطري العقد ، ولم يوجد فكان هذا بمنزلة ما لو سمع الشاهدان كلام المرأة دون كلام الزوج ، ألا ترى أنه لو تزوجها بشهادة كافرين ومسلمين ، ثم وقعت الحاجة إلى أداء هذه الشهادة ، تقبل شهادة الكافرين بالعقد عليها إذا جحدت ، وعلى الزوج لو كانا أسلما بعد ذلك . فظهر أن سماعهما كلام المسلم صحيح ، فيحصل به الإشهاد عليها بالعقد . وهذا بخلاف ما إذا تزوجها بغير شهود ، فإنه لا يجوز ذلك ، وإن كان في دينهم حلالاً ؛ لأن صاحب العقد هو الزوج ، وهو مسلم مخاطب بالإشهاد ، فلا يعتبر اعتقادها في حقه » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٣٩/٦) : « لا تقبل شهادة الكافر على مسلم ، ولا على كافر ، خلافًا لأبي حنيفة في قبوله شهادة الكافر على الكافر ، ولأحمد في الوصية ، لقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ . والكافر ليس بعدل ، وليس منا . ولأنه أفسق الفساق ، ويكذب على الله تعالى ، فلا يُؤْمَن الكذب منه على خَلْقِه » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٤٠٨/٣) : « (وإشهاد عدلين غير الولي) ظاهره اشتراط العدالة عند تحمل الشهادة في النكاح ، وهو المذهب . فشهادة غير العدول فيه كالعدم ، قال في المدونة : وإن نكح مسلم ذمية بشهادة ذميين ، لم يجز ، فإن لم يدخلا أشهدا الآن عدلين مسلمين » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٠٤/٨) : « (ولا ينعقد نكاح مسلم بشهادة ذميين) هذا المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله المشهور عند الأصحاب ، واختاره جماهيرهم . ويتخرج أن ينعقد إذا كانت المرأة ذمية ، وهو لأبي الخطاب . قال في الرعاية : وفيه بُعْدٌ . وهو مخرج من رواية قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض . قال ابن رَزِين : وإن قلنا : تقبل شهادة بعضهم على بعض ، صح النكاح بشهادة ذميين إذا كانت المرأة ذمية » .

٨٢١ - فلو كان لبنت صغيرة أخوان أحدهما مسلم والآخر ذمي وهي كتابية ، كانت الولاية عليها في مالها وفي تزويجها لأخيها الذمي لا المسلم ، فليس لأخيها المسلم تزويجها ؛ لأنه لا ولاية له عليها .

٨٢٢ - ولكن عندما يتزوج مسلم كتابية ، لا يشترط أن يكون الشاهدان مسلمين ، بل يصح أن يكونا كتابيين ، سواء كان دينهما موافقًا لدينها أو مخالفًا له .

٨٢٣ - فإن تزوج مسلم بغير مسلمة ، واستمر الزوجان على هذا العقد بلا نزاع فبها ، وأما إذا حصل النزاع في أصل العقد ، بأن ادعى عليها الزواج وهي تنكر ، وأقام عليها البينة وهي الكتابيان اللذان حضرا العقد ، قبلت شهادتهما عليها وحكم بثبوت الزوجية ، لقبول شهادة الكتابي على مثله.

٨٢٤ - وإن كانت هي المدعية ، وهو المنكر ، فلا تثبت الزوجية بشهادة الكتابيين ؛ لأن شهادة الكتابي على المسلم غير مقبولة .

٨٢٥ - ولا تنافي بين صحة العقد بحضورهما وعدم ثبوته بشهادتهما ؛ إذ الصحة غير الثبوت عند النزاع .

٨٢٦ - وإنما جاز تزوج الكتابية ، لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ [1] .

(مادة ١٢١)

يَصِحُّ نِكَاحُ الْكِتَابِيَّةِ عَلَى الْمُسْلِمَةِ ، وَالْمُسْلِمَةِ عَلَى الْكِتَابِيَّةِ، وَهُمَا فِي الْقَسْمِ سِيَّانِ [2] .

* * *

٨٢٧ - وتزوج الكتابية جائز ، ولو كان من تزوجها متزوجًا بمسلمة ، كما أنه يجوز للمتزوج كتابية التزوج بمسلمة .

---

(١) المائدة : ٥ .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨٢/١) : « ويجوز نكاح الكتابية على المسلمة ، والمسلمة على الكتابية ، وهما في القسم سواء ؛ لاستوائهما في محلية النكاح ، كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٨/٥) : « وتنكح المسلمة على الكتابية ، والكتابية على المسلمة ، وتنكح أربع كتابيات كما تنكح أربع مسلمات . والكتابية في جميع نكاحها وأحكامها التي تحل بها وتحرم كالمسلمة ، لا تخالفها في شيء وفيما يلزم الزوج لها » .

٨٢٨ – فإذا حصل الجمع بينهما ، فلا يفضل المسلمة على الكتابية بشيء ما ؛ لأن كلاًّ منهما زوجته ، فيعدل بينهما في كل ما يقدر عليه .

(مادة ١٢٢)

لاَ تَتَزَوَّجُ الْمُسْلِمَةُ إِلاَّ مُسْلِمًا ، فَلاَ يَجُوزُ تَزَوُّجُهَا مُشْرِكًا وَلاَ كِتَابِيًّا يَهُودِيًّا كَانَ أَوْ نَصْرَانِيًّا ، وَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ أَصْلًا (١) .

* * *

٨٢٩ – ولا يتوهم من صحة زواج المسلم الكتابية أن الكتابي يجوز له تزوج المسلمة ، فإن المسلمة لا تتزوج إلا مسلمًا .

٨٣٠ – فلا يجوز تزوجها مشركًا ، وهو من أشرك مع اللَّه غيره ، ولا كتابيًّا سواء كان يهوديًّا أو نصرانيًّا .

٨٣١ – ولو فرض أن تزوجت المسلمة بغير المسلم ، كان العقد باطلًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْۗ ﴾ (٢) .

٨٣٢ – لأن الرجل مستفرِش للمرأة ، فلا يجوز أن يكون أقل منها في الاعتقاد ؛ إذ المسلمة تعتقد ما يعتقده الكتابي وزيادة ؛ لأنها تقر بالرسول الذي يقر به وبما جاء به من عند اللَّه تعالى وبسيدنا محمد ﷺ ، وهو لا يقر إلا بالرسول الذي هو متبعه ، فلو اعتقد ما تعتقده هي ، جاز التزوج .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٥/٤٥) : « وإذا تزوج الذمي مسلمة حرة، فُرِّق بينهما ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ﴾ . ولقوله ﷺ « الإسلام يعلو ، ولا يعلى » . فاستقر الحكم في الشرع على أن المسلمة لا تحل للكافر ، وإن كان ذلك حلالًا في الابتداء فيفرق بينهما ، ويوجع عقوبة إن كان قد دخل بها ، ولا يبلغ به أربعين سوطًا ، وتعزر المرأة والذي سعى فيما بينهما » .

(٢) البقرة : ٢٢١ .

(مادة ١٢٣)

إِذَا تَزَوَّجَ الْمُسْلِمُ نَصْرَانِيَّةً فَتَهَوَّدَتْ ، أَوْ يَهُودِيَّةً فَتَنَصَّرَتْ ، فَلاَ يَفْسُدُ النِّكَاحُ [١] .

* * *

٨٣٣ - فإن استمرت الكتابية التي تزوجها المسلم على دينها، فبها . وإن خرجت عن هذا الدين إلى غيره ، فإن كان الدين الذي انتقلت إليه سماويًا أيضًا ، استمر العقد صحيحًا ؛ لأنه يجوز للمسلم أن يتزوجها ابتداءً لو كانت متدينة بالدين الذي انتقلت إليه ، فمن باب أولى استمرار العقد على الصحة . فإذا تزوج المسلم نصرانية فتهودت أو يهودية فتنصرت ، فلا يفسد النكاح ؛ لأنه يجوز أن يتزوج يهودية أو نصرانية ابتداءً ، فبقاءُ صحته من باب أولى .

٨٣٤ - وإن كان الدين الذي انتقلت إليه غير سماوي ، بأن كانت يهودية أو نصرانية فَتَمَجَّسَتِ ، انفسخ النكاح ؛ لأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج ابتداءً بمجوسية ، فلا يستمر العقد إذا حدثت صفة تمنع من العقد عليها ابتداء .

(مادة ١٢٤)

الأَوْلاَدُ الَّذِينَ يُولَدُونَ لِلْمُسْلِمِ مِنَ الْكِتَابِيَّةِ ذُكُورًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا ، يَتْبَعُونَ دِينَهُ [٢] .

* * *

٨٣٥ - والأولاد الذين يولدون بين المسلم والكتابية ، يحكم عليهم بالإسلام تَبَعًا لدين أبيهم ، سواء كانت الأولاد ذكورًا أو إناثًا بخلاف ما هو مشهور عند العامة من أن الذكور يتبعون دينه والإناث دينها ؛ لأن الأصل أن الولد سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا يتبع

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٦/٢) : « وإن تزوج يهودية فتنصرت ، أو نصرانية فتهودت ، لا يفسد نكاحها . ولو تصابأت ، فعند أبي حنيفة لا يفسد ، وعندهما يفسد » .

(٢) **قول المالكية** : جاء في التاج والإكليل (٣٧٨/٨) : « (وحُكِم بإسلام من لم يميز لصغر أو جنون بإسلام أبيه فقط كأن مَيَّز) هذه عبارة الأشياخ يقولون : الولد تابع لأبيه في الدين والنسب ، ولأمه في الحرية والرق . ومن المدونة : الولد الصغير تابع لأبيه في الدين ، وإسلام الأب إسلام لصغير ولده مطلقًا . **قال ابن الحاجب** : يحكم بإسلام المميز على الأصح تبَعًا لإسلام الأب كغير المميز وكالمجنون » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٦/٩) : « الولد يتبع أبويه في الدين . فإن اختلفا ، وجب أن يتبع المسلم منهما ، كولد المسلم من الكتابية » .

خير الأبوين دينًا . ولذلك لو تزوج وثني كتابية أو كتابي مجوسية ، كان الولد كتابيًا ؛ لأن المجوسي أو الوثني شر من الكتابي .

(مادة ١٢٥)

اخْتِلاَفُ الدِّينِ مِنْ مَوَانِعِ الْمِيرَاثِ ، فَلاَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ زَوْجَتَهُ الْكِتَابِيَّةَ إِذَا مَاتَتْ قَبْلَ أَنْ تُسْلِمَ ، وَهِيَ لاَ تَرِثُهُ إِذَا مَاتَ وَهِيَ عَلَى دِينِهَا (١) .

* * *

٨٣٦ - وليست كل الأحكام المترتبة على زواج المسلم بالمسلمة مترتبة على تزوج المسلم بالكتابية ؛ إذ من أحكام الزوجية الميراث فإذا مات أحد الزوجين المسلمين ولو قبل الدخول ، ورثه الآخر ، ولكن لو مات أحدهما وكانت الزوجة كتابية ، فلا يرثه الآخر ؛ لأن سبب الميراث وإن كان موجودًا - وهو الزوجية - إلا أنه منع منه مانع وهو اختلاف الدين . وبناء عليه فإن كل أولاد المسلم من الكتابية يرثون أباهم ؛ لأنهم تابعون له في الدين لا لها .

٨٣٧ - وبما أن اختلاف الدين مانع من الإرث ، فلا يرث غير المسلم من المسلم ، ولا المسلم من غير المسلم . وبعضهم يقول بتوريث المسلم من غير المسلم ولا عكس ، ولكن الصحيح هو الأول كما ستأتي لك الأدلة في المواريث إن شاء اللّٰه تعالى .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٤٥٤) : « واختلاف الدين يمنع الإرث ، والمراد به : الاختلاف بين الإسلام والكفر . وأما اختلاف ملل الكفار ، كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبدة الوثن ، فلا يمنع الإرث ، حتى يجري التوارث بين اليهودي والنصراني والمجوسي » .

قول الشافعية : جاء في الأشباه والنظائر (ص ٢٥٥) : « لا توارث بين المسلم والكافر ، وكذا العقل وولاية النكاح . ويرث اليهودي النصراني وعكسه ، إلا الحربي والذمي وعكسه » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (٢/٣١٣ ، ٣١٤) : « الكفر والرق يمنعان من الميراث فإذا مات إنسان حر مسلم ، وله قريب كافر أو رقيق ؛ فإنه لا يرثه سواء استمر الكافر على كفره ، والرقيق على رقه ، أو ارتفع الكفر والرق بعد موت قريبهما ، بإسلام الكافر ، وحرية الرقيق ؛ لأن المعتبر وقت الموت فحين زهوق الروح . وبالقريب مانع من كفر أو رق ، انتقل ذلك الإرث لغيره أو لبيت المال ، فلا يرجع بإسلام الكافر وحرية الرقيق ، وكذلك إن مات القريب الكافر أو الرقيق ، فإن الحر المسلم لا يرثه فالمنع من الجهتين معًا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/٢٤٦) : « (ولا يرث مسلم كافرًا ، ولا كافر مسلمًا . إلا أن يكون مُعْتَقًا ، فيأخذ ماله بالولاء) أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم . وقال جمهور الصحابة والفقهاء : لا يرث المسلم الكافر » .

الفصل الثاني
في حكم الزوجية بعد
إسلام الزوجين أو أحدهما

(مادة ١٢٦)

إِذَا كَانَ الزَّوْجَانِ غَيْرَ مُسْلِمَيْنِ ، فَأَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ ، يُعْرَضُ الإِسْلاَمُ عَلَى زَوْجِهَا . فَإِنْ أَسْلَمَ ، يُقَرَّانِ عَلَى نِكَاحِهِمَا ، مَا لَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ مَحْرَمًا لَهُ.

وَإِنْ أَبَى الإِسْلاَمَ أَوْ أَسْلَمَ وَهِيَ مَحْرَمٌ لَهُ ، يُفَرِّقِ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا فِي الْحَالِ ، وَلَوْ كَانَ صَغِيرًا مُمَيِّزًا أَوْ مَعْتُوهًا . فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُمَيِّزٍ ، يُنْتَظَرُ تَمْيِيزُهُ .

وَإِنْ كَانَ مَجْنُونًا ، فَلاَ يُنْتَظَرُ شِفَاؤُهُ ، بَلْ يُعْرَضُ الإِسْلاَمُ عَلَى أَبَوَيْهِ، لاَ بِطَرِيقِ الإِلْزَامِ . فَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا تَبِعَهُ الْوَلَدُ ، وَبَقِيَ النِّكَاحُ عَلَى حَالِهِ . وَإِنْ أَبَاهُ كُلٌّ مِنْهُمَا ، يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْـنَ زَوْجَتِهِ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ وَلاَ أُمٌّ ، يُقِيمُ [1] الْقَاضِي عَلَيْهِ وَصِيًّا ، لِيَقْضِيَ عَلَيْهِ بِالْفُرْقَةِ .

وَتَفْرِيقُ الْقَاضِي لآبَاءِ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَأَحَدِ أَبَوَيِ الْـمَجْنُونِ طَلاَقٌ لاَ فَسْخٌ ، وَمَا لَمْ يُفَرِّقِ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا فَالزَّوْجِيَّةُ بَاقِيَةٌ [2].

* * *

---

(١) كذا في الأصل ، والصواب [يُقِم] ، لأنه فعل مضارع واقع في جواب الشرط .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٦/٢) : « وإن أسلمت المرأة ، لا تقع الفرقة بنفس الإسلام عندنا ، ولكن يعرض الإسلام على زوجها ، فإن أسلم بَقِيَا على النكاح . وإن أبى الإسلام ، فَرَّق القاضي بينهما ؛ لأنه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت نكاح الكافر . ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداء ، فكذا في البقاء عليه » . وجاء في الفتاوى الهندية (٣٣٨/١) : « ولو أسلم أحد الزوجين ، عُرض الإسلام على الآخر . فإن أسلم ، وإلا فُرِّق بينهما ، كذا في الكنز . وإن سكت ولم يقل شيئًا ، فالقاضي يعرض الإسلام عليه مرة بعد أخرى ، حتى يَتِمَّ الثلاث احتياطًا ، كذا في الذخيرة .

ثم لا فَرْقَ بين أن يكون المُصِرُّ صبيًا مميِّزًا أو بالغًا حتى يُفَرَّق بينهما بإبائه ، وهذا على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى .

ولو كان أحدهما صغيرًا غير مميز ، ينتظر عقله ، كذا في التبيين . فإذا عَقِل عُرض عليه الإسلام . فإن أسلم ، وإلا يفرق ولا ينتظر بلوغه .

وإن كان مجنونًا ، يعرض على أبويه الإسلام . فإن أسلما أو أسلم أحدهما ، وإلا فُرِّق بينهما ، كذا في الكافي . =

٨٣٨ - إذا كان الزوجان غير مسلمين : فإما أن يسلم أحدهما ، أو يسلما معًا . وإذا أسلم أحدهما : فإما أن يكون هو الزوج ، أو الزوجة .

٨٣٩ - فإن أسلمت الزوجة : فإما أن يكون الزوج مميزًا ، أو غير مميز .

فإن كان مميزًا - ولو صغيرًا أو معتوهًا - يعرض عليه الإسلام ، سواء كان كتابيًا

= فإن أسلم الزوج وأبت المرأة ، لم تكن الفرقة طلاقًا . وإن أسلمت المرأة وأبى الزوج وفُرِّق ، تكون الفرقة طلاقًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، كذا في محيط السرخسي » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي على المنهاج (٣/٢٥٥) : « (ولو أسلمت) أي : الزوجة الكافرة (وأصر) الزوج على كفره (فكعكسه) أي : فإن كان ذلك قبل دخول ، تنجزت الفرقة ، أو بعده وأسلم في العدة دام نكاحه . وإن لم يسلم فيها ، فالفرقة بينهما من حين إسلامها . والفرقة فيما ذُكر فرقة فسخ لا فرقة طلاق » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢/٢٦) : « الكافران إن أسلما في وقت واحد ، يقران على نكاحهما ، ولو قبل الدخول ، أو كانا مجوسيين .

وأما لو أسلم أحدهما :

فإن كان الزوج ، فإنه يقر على الكتابية مطلقًا ، وعلى المجوسية حرة أو أمة إن أسلمت ولو لم تعتق الأمة . ومثل إسلام الأمة المجوسية عتق الأمة الكتابية .

وأما لو أسلمت الزوجة ابتداء ، فإن كان قبل البناء بانت مكانها ، وإن كان بعد البناء أُقِرّ عليها إن أسلم في عدتها ، لا إن تأخر إسلامه عن عدتها ، فلا يقر عليها لبينونتها بانقضاء عدتها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/١١٧ ، ١١٨) : « إذا كان إسلام أحدهما بعد الدخول ، ففيه عن أحمد روايتان : **إحداهما** : يقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها ، فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة ، وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان ، فلا يُحتاج إلى استئناف العدة . وهذا قول : الزهري ، والليث ، والحسن ابن صالح ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، ونحوه عن مجاهد ، وعبد الله بن عمر ، ومحمد بن الحسن .

والرواية الثانية : تتعجل الفرقة . وهو اختيار الخلال وصاحبه ، وقول : الحسن ، وطاوس ، وعكرمة ، وقتادة ، والحكم . وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، ونصره ابن المنذر ، وقول أبي حنيفة هاهنا كقوله فيما قبل الدخول ، إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب ، فانقضت عدتها وحصلت الفرقة ، لزمها استئناف العدة .

وقال مالك : إن أسلم الرجل قبل امرأته ، عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت ، وإلا وقعت الفرقة ، وإن كانت غائبة تَعَجَّلَتِ الفرقة . وإن أسلمت المرأة قبله ، وقفت على انقضاء العدة ...

وإذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة ، انفسخ النكاح في قول عامة العلماء . قال ابن عبد البر : لم يختلف العلماء في هذا ، إلا شيء روي عن النخعي ، شَذَّ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد ، زعم أنها تُرَدُّ إلى زوجها وإن طالت المدة ، لما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الأول . رواه أبو داود . واحتج به أحمد . قيل له : أليس يروى أنه رَدَّهَا بنكاح مستأنف ، قال : ليس له أصل . وقيل : كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين . ولنا قول الله تعالى : ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ . وقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ . والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار » .

أو غير كتابي . فإن امتنع ، فرق القاضي بينهما ؛ لأن زوجته صارت مسلمة ، فلا بد من أن يكون زوجها مسلمًا .

٨٤٠ – وإن أسلم : فإما أن تكون زوجته محرمًا له بالنظر إلى الدين الإسلامي ، أو غير محرم . فإن كانت محرمًا له ، فرق بينهما أيضًا ، لالتزامهما أحكام الدين الذي انتقلا إليه ، وهو لا يجوّز ذلك لعدم المحلية . وإن كانت غير محرم له ، يقران على نكاحهما ، ولا حاجة لتجديد العقد على حسب الدين الإسلامي ؛ لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون ؛ ولأنَّ حالة الإسلام حالة البقاء والشهادة مثلًا ليست شرطًا فيها ، وإنما هي شرط في حالة الابتداء ؛ لأن الأصل أن كل نكاح صحيح بين المسلمين صحيح إذا تحقق بين غيرهم ، لتضافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة ، فحيث وقع من غيرهم على وفق الشرع العام ، وجب الحكم بصحته ، وأن كل نكاح حرم بين المسلمين لفقد شرطه كالنكاح بغير شهود أو في العدة ، يجوز في حقهم إذا اعتقدوه ، ويقران عليه بعد الإسلام ، وأن كل نكاح حرم لحرمة المحل كنكاح المحارم ، اختلف فيه على قولين ، فقال بعضهم : يقع فاسدًا . وقال البعض الآخر : يقع جائزًا ، ولكن إذا أسلم أحدهما ، يفرق بينهما .

٨٤١ – وإن كان غير مميز : فإما أن يكون عدم تمييزه لصغره ، وإما أن يكون لجنونه .

فإن كان لصغره ، ينتظر تمييزه . فإن ميز ، عرض عليه الإسلام كما تقدم ؛ لأن التمييز له وقت معلوم ، فينتظر .

٨٤٢ – وإن كان لجنونه ، فلا ينتظر شفاؤه ، لأنه ليس له وقت معلوم ، وربما طال سنين كثيرة ، فتتضرر الزوجة التي أسلمت . وحينئذ : فإما أن يكون له أب ، أو لا يكون . فإن كان ، عرض عليه الإسلام ، فإن أسلم تبعه ابنه واستمرت الزوجية ، إلا إذا كانت الزوجة محرمًا له ، وإن امتنع فرق بينهما القاضي . وإن كان له أبوان ، عرض عليهما الإسلام ، لأنه يصير مسلمًا تبعًا لأحدهما ، فإذا أبى أحدهما ، فلابد من عرضه على الآخر . وإن لم يكن له أب ولا أم ، يقيم له القاضي وصيًّا ليقضي عليه بالفرقة ؛ لأنه لا يجوز عرض الإسلام على المجنون ، لعدم صحته منه ، ولا يجوز انتظار الشفاء لعدم علم الوقت الذي يحصل فيه ، فربما بقي زمنًا طويلًا فتتضرر الزوجة التي أسلمت ، ولا يجوز القضاء على المجنون ، فأُقيم له الوصي للقضاء عليه بالفرقة .

٨٤٣ – وليس المراد من عرض الإسلام على والده أنه يعرض عليه بطريق الإلزام ، بل على سبيل الشفقة المعلومة من الآباء على الأولاد عادة ، فلعل ذلك يحمله على أن يسلم ،

ألا ترى أنه إذا لم يكن له والدان ، جعل القاضي له وصيًّا . وفَرّقَ بينهما : فالآباء يسقط هنا للتعذر ، ففائدة نصب الوصي الحكم بالتفريق بلا عرض بل يسقط العرض للضرورة ؛ لأنه لا يصير مسلمًا بتبعيته غير الأبوين ، وتستمر الزوجية إلى أن يقضي القاضي بالفرقة .

٨٤٤ - وما لم يفرق القاضي بينهما ، فالزوجية باقية . ويترتب عليه : أنه لو ماتت الزوجة قبل الحكم بالفرقة ، وجب لها كمال المهر وإن لم يدخل بها ، لأن النكاح قائم ، والمهر يتقرر بالموت ، ولكن لا يتوارثان لقيام المانع وهو اختلاف الدين .

٨٤٥ - وفي حال ما إذا امتنع الزوج عن الإسلام بعد عرضه عليه فيما إذا كان مميزًا ، أو امتنع أحد أبويه عن الإسلام فيما إذا كان مجنونًا ، وفرق القاضي بين الزوجين ، يكون التفريق طلاقًا بائنًا لا فسخًا . ويترتب على ذلك : أنه لو أسلم بعد ذلك وتزوجها ، ملك عليها طلقتين لا ثلاثًا . وقال أبو يوسف : هذا التفريق فسخ لا طلاق .

٨٤٦ - واستغرب بعضهم هذا الحكم قائلًا : هذا من أغرب المسائل ، حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون .

٨٤٧ - وفي هذا الاستغراب نظر ، إذ الطلاق من القاضي وهو عليهما لا منهما ، فليسا بأهل للإيقاع ، بلِ للوقوع ، أي أنهما ليسا أهلًا لإيقاع الطلاق منهما ، بل هما أهل للوقوع ، أي : حَكَم الشرع بوقوعه عليهما .

٨٤٨ - وفي شرح التحرير : قال صاحب الكشف وغيره : المراد من عدم شرعية الطلاق أو العتاق في حق الصغير عدمهما عند عدم الحاجة ، فأما عند تحققها فمشروع . قال شمس الأئمة السرخسي (١) : يزعم بعض مشايخنا أن هذا الحكم غير مشروع أصلًا في حق الصبي حتى إن امرأته لا تكون أهلًا للطلاق ، وهذا وهم عندي ، فإن الطلاق يملك بملك النكاح ؛ إذ لا ضرر في إثبات أصل الملك ، بل الضرر في الإيقاع ، حتى إذا تحققت الحاجة إلى صحة إيقاع الطلاق من جهته لدفع الضرر كان صحيحًا ، فإذا أسلمت زوجته وأبي ، فرق بينهما ، وكان طلاقًا عند أبي حنيفة ومحمد . وإذا ارتد

---

(١) هو : محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي الإمام الكبير شمس الأئمة صاحب المبسوط أحد الفحول والأئمة الكبار أصحاب الفنون كان إمامًا علامة حجة متكلما فقيهًا أصوليًا مناظرًا ، لزم الإمام شمس الأئمة الحلواني حتى تخرج به وصار أنظر أهل زمانه ، وأخذ في التصانيف وناظر الأقران وظهر اسمه وشاع خبره ، أملى المبسوط نحو خمسة عشر مجلدًا وهو في السجن بأوزجند محبوس ، مات في حدود التسعين والأربعمائة . انظر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٣/٧٨ : ٨٢) .

والعياذ بالله تعالى وقعت البينونة ، وكان طلاقًا في قول محمد . وإذا وجدته مجبوبًا ، فخاصمته ، فرق بينهما ، وكان طلاقًا عند البعض [١]. وللكلام تتمة في رد المحتار في الجزء الثاني صحيفة (٥٣٦) [٢] .

(مادة ١٢٧)

إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجُ وَكَانَتِ امْرَأَتُهُ كِتَابِيَّةً ، فَالنِّكَاحُ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ .

وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ كِتَابِيَّةٍ ، يُعْرَضُ عَلَيْهَا الإِسْلَامُ . فَإِنْ أَسْلَمَتْ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ . وَإِنْ أَبَتِ الإِسْلَامَ أَوْ أَسْلَمَتْ وَكَانَتْ مَحْرَمًا لَهُ ، يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا .

وَالتَّفْرِيقُ بِإِبَائِهَا فَسْخٌ لاَ طَلَاقٌ ، وَمَا لَمْ يُفَرِّقِ الْحَاكِمُ فَالزَّوْجِيَّةُ بَاقِيَةٌ حَتَّى يَحْصُلَ التَّفْرِيقُ [٣] .

* * *

(١) التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير حاج (١٧١/٢) .

(٢) رد المحتار (١٩١/٣) . ونص كلامه : « قلت : وحاصله أنه كالبالغ في وقوع الطلاق منه بهذه الأسباب ، إلا أنه لا يصح إيقاعه منه ابتداءً للضرر عليه ، ومثله المجنون . وبه ظهر أنه لا حاجة إلى أنه إيقاع من القاضي ؛ ولأن تفريق القاضي هنا كتفريقه بإباء البالغ عن الإسلام ، وهو طلاق منه بطريق النيابة ، فكذا في الصبي والمجنون . لكن لما كان المشهور أنه لا يقع طلاقهما – أي : ابتداء – وكان وقوعه منهما بعارض غريبا ، قال الزيلعي وغيره : إنه من أغرب المسائل . فافهم » .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٦/٢) : « الزوجان الكافران إذا أسلم أحدهما في دار الإسلام . فإن كانا كتابيين ، فأسلم الزوج ، فالنكاح بحاله ؛ لأن الكتابية مَحَلٌّ لنكاح المسلم ابتداءً ، فكذا بقاءً . وإن كانا مشركين أو مجوسيين فأسلم أحدهما ، أيهما كان ، يعرض الإسلام على الآخر ، ولا تقع الفرقة بنفس الإسلام عندنا . فإن أسلم ، فهما على النكاح . وإن أبى الإسلام ، فَرّق القاضي بينهما ؛ لأن المشركة لا تصلح لنكاح المسلم ، غير أن الإباء إن كان من المرأة يكون فرقة بغير طلاق ، لأن الفرقة جاءت من قِبَلها وهو الإباء من الإسلام . والفرقة من قبل المرأة لا تصلح طلاقا ؛ لأنها لا تلي الطلاق ، فَيُجْعَل فسخًا » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٦٣/٣) : « (وإن أسلم أحد الزوجين المجوسيين ونحوهما) ممن لا تَحِلُّ لنا مناكحته من الكفار . فإن كان (قبل المسيس تَنَجَّزَتِ الفرقة) لعدم تأكد النكاح بالدخول (وإلا تَوَقَّفَت على) انقضاء (العدة فإن أسلم الآخر قبل انقضائها استقر النكاح) لما روى أبو داود « أن امرأة أسلمت على عهد رسول الله ﷺ ، فتزوجت فجاء زوجها فقال : يا رسول الله ، إني كنتُ أسلمتُ وعَلِمَتْ بإسلامي . فانتزعها رسول الله ﷺ من زوجها الثاني ، وردها إلى زوجها الأول » . وفي معنى المسيس استدخال المني (وإلا) أي : وإن لم يسلم الآخر قبل انقضاء العدة (ثبتت الفرقة من حينئذ) أي : من حين إسلام الأول بالإجماع ، وهي فرقة فسخ لا طلاق ؛ لأنهما مغلوبان عليها (وإن أسلم الرجل) ولو وثنيًا =

٨٤٩ - وإذا أسلم الزوج : فإما أن تكون امرأته كتابية ، أو غير كتابية .

فإن كانت كتابية ، فلا يعرض عليها الإسلام [(١)] ، بل النكاح باقٍ على حاله ، لأن المسلم يجوز له ابتداء أن يتزوج كتابية فبقاءً من باب أولى .

وإن كانت غير كتابية ، فإن كانت مجوسية أو وثنية ، يعرض عليها الإسلام . فإن أسلمت أو دخلت في دين سماوي : فإما أن تكون محرمًا له ، أو غير محرم . فإن

= (والمرأة حرة كتابية أو أسلم الزوجان معًا استقر النكاح) أما في الأولى فلِمَا مَرَّ من أن للمسلم نكاح الكتابية . وخرج بالحرة فيها : الأمة ، وبالكتابية : نحو الوثنية . وأما في الثانية فلما رواه الترمذي وصححه « أن رجلًا أسلم ، ثم جاءت امرأته مسلمة ، فقال : يا رسول الله ، كانت أسلمت معي » . فَرَدَّهَا عليه . ولتساويهما في صفة الإسلام المناسبة للتقرير ، بخلاف ما لو ارْتَدَّا معًا كما مَرَّ » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٢٧/٣) : « الكافر إذا أسلم وتحته كتابية فإنه يقر على نكاحها ترغيبًا للإسلام بل الإسلام هو المصحح له فهو مسلم تحته كتابية ما لم تكن من محارمه وعلى الأمة والمجوسية إن عتقت وأسلمت يعني : كما يقر الكافر إذا أسلم على الحرة الكتابية ، يقر على نكاح الأمة والمجوسية الحرة إن عُتِقت الأمة بعد إسلامه ، وأسلمت الحرة المجوسية ، وسواء كانت الأمة كتابية أو مجوسية . فقوله : « إن عتقت » خاص بالأمة ، وقوله : « وأسلمت » عام للحرة والأمة من أي دين ، لأنها تصير أمة مسلمة تحت مسلم ، فيشترط خشية العَنَت وعدم الطَّوْل كابتداء نكاح الأمة المسلمة .

ومثل الإسلام التهود أو التنصر للحرة ولم يبعد كالشهر هو مثال للذي لم يبعد ، أي : مثال للنفي الذي هو حرف لم لا للمنفي ، وهو لفظ يبعد ، أي : ولم يبعد الزمان ، أي : ما بين إسلامهما ، بل كان قريبًا كالشهر ونحوه ، وهل إن غفل أو مطلقًا ، تأويلان أي : وهل يتقرر النكاح في الشهر إن غفل عنها ولم توقف حين أسلم . وأما إن لم يغفل ، فيعرض عليها الإسلام حين إسلامه ، فإن أبته وقعت الفرقة بينهما . فيكون قول ابن القاسم وِفَاقًا لقول مالك . أو يقرر النكاح في الشهر مطلقًا ، غفل عن إيقافها أم لا ، فيكون قول ابن القاسم خلافًا لقول مالك تأويلان » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٦٨٢/٢) : « وإن أسلم الزوجان معًا ، بأن تلفظا بالإسلام دفعة واحدة . قال الشيخ تقي الدين : ويدخل فيه لو شرع الثاني قبل أن يفرغ الأول فعل نكاحهما ؛ لأنه لم يوجد بينهما اختلاف دين ، ولحديث أبي داود عن ابن عباس « أن رجلًا جاء مسلمًا على عهد النبي ﷺ ، ثم جاءت امرأته مسلمة بعده ، فقال : يا رسول الله ، إنها كانت أسلمت معي . فَرَدَّهَا عليه » (أو) أسلم (زوج كتابية) كتابيًا كان أو لا (فـ) هما (على نكاحهما) ولو قبل الدخول ، لأن المسلم له ابتداء نكاح الكتابية ، فاستدامته أولى (وإن أسلمت كتابية تحت كافر) كتابي أو غيره قبل الدخول انفسخ النكاح ؛ لأنه لا يجوز لكافر ابتداءً نكاح مسلمة (أو) أسلم (أحد) زوجين (غير كتابيين قبل دخول انفسخ) نكاحهما ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ ، وقوله : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ ؛ ولأن اختلاف الدين سبب للعداوة والبغضاء ، ومقصود النكاح الاتفاق والائتلاف » .

(١) يعني : من أجل تحديد استمرار الزوجية وعدمها ، وليس المراد الامتناع عن عرض الإسلام عليها مطلقًا ، كما سبق وأن نبهنا .

كانت غير محرم له ، فالزوجية باقية . وإن كانت محرمًا ، فرق بينهما . وكذلك إن امتنعت عن الدخول في دين سماوي ، فإنه يفرق بينهما ، لعدم جواز تزوج المسلم غير الكتابية ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ (١) .

٨٥٠ - وتفريق القاضي لإبائها فسخ لا طلاق ، فلو أسلمت بعد ذلك ، وتزوجها ولم يكن أوقع عليها طلاقًا ، ملك عليها ثلاث طلقات . وإنما كان فسخًا لا طلاقًا ؛ لأن الطلاق لا يكون من النساء ، بل الذي يكون من المرأة عند القدرة على الفرقة شرعًا هو الفسخ ، فينوب القاضي منابها فيما تملكه .

٨٥١ - وما دام القاضي لم يفرق بينهما ، فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق .

٨٥٢ - وأحكام الزوجية موجودة ، إلا الميراث ، لوجود المانع منه وهو اختلاف الدين .

(مادة ١٢٨)

إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ مَعًا ، بَقِيَ النِّكَاحُ عَلَى حَالِهِ ، مَا لَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ مَحْرَمًا لَهُ . فَإِنْ كَانَتْ كَذَلِكَ ، يُفَرِّقِ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا .

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ الْمُحَرَّمَيْنِ غَيْرِ الْمُسْلِمَيْنِ، إِلاَّ إِذَا تَرَافَعَا إِلَيْهِ مَعًا .

وَلَهُ أَنْ يُفَرِّقَ مِنْ غَيْرِ مُرَافَعَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، إِذَا كَانَتْ كِتَابِيَّةٌ مُعْتَدَّةٌ لِمُسْلِمٍ ، وَتَزَوَّجَتْ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا (٢) .

* * *

(١) البقرة : ٢٢١ .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (١٨٦/٣ ، ١٨٧) : « (أسلم المتزوجان بلا) سماع (شهود أو في عدة كافر معتقدين ذلك ، أقرا عليه) ؛ لأنه أُمِرْنا بتركهم وما يعتقدون (ولو) (كانا) أي : المتزوجان اللذان أسلما (محرمين أو أسلم أحد المحرمين أو ترافعا إلينا وهما على الكفر ، فرق) القاضي أو الذي حكماه (بينهما) لعدم المحلية (وبمرافعة أحدهما لا) يفرق لبقاء حق الآخر ، بخلاف إسلامه ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى (إلا إذا طلقها ثلاثا وطلبت التفريق فإنه يفرق بينهما) إجماعًا » .

وجاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٥٣/١) : « (أسلم المتزوجان بلا شهود أو في عدة كافر معتقدين ذلك إقرارًا عليه ، ولو كانا) أي : المتزوجان اللذان أسلما (محرمين أو أسلم أحد المحرمين أو ترافعا) أي : عرضا أمرهما إلينا ، وهما على الكفر (فُرِّقَ بينهما) لعدم المحَلِّيَّة للمَحْرَمِيَّةِ وما يرجع إلى المحل يستوي فيه الابتداء والبقاء (وبمرافعة أحدهما لا) أي : لا يُفَرَّق ، إذ بمرافعة أحدهما لا يبطل حق الآخر ، لعدم التزامه أحكام الإسلام . وليس لصاحبه ولاية إلزامه ، بخلاف ما إذا أسلم ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » .

٨٥٣ - وإذا أسلم الزوجان معًا : فإما أن تكون الزوجة محرمًا للزوج ، أو غير محرم .

٨٥٤ - فإن كانت محرمًا له ، فرق بينهما . وإن كانت غير محرم له ، بقي النكاح على حالة ، فيقران عليه . ومحل ذلك إذا كان أصل العقد جائزًا عندهم . فلو تزوج غير مسلم بلا شهود أو في عدة غيره مثلًا ، وكان هذا جائزًا عندهم ، ثم أسلما ، أقرا عليه . فإن لم يكن جائزًا عندهم ، جدد العقد على حسب الدين الإسلامي الذي انتقلا إليه .

٨٥٥ - وكل هذه الأحكام إنما هي بعد إسلام الزوجين . فإذا لم يسلما ، فلا يتعرض القاضي لهما ، ولو كانت الزوجة محرمًا له ، لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، إلا في حالتين :

٨٥٦ - **الحالة الأولى** : أن يترافعا إلينا راضين بحكم القاضي ، فإنه ينظر في شكواهما بحسب الشريعة الإسلامية ، ويحكم عليهما بمقتضاها ؛ لأنهما رضيا بها . فإن ترافع أحدهما ، فليس للقاضي الشرعي النظر في الدعوى ، فلا يجبر الآخر على الحضور أمامه

= **قول الشافعية** : جاء في مغني المحتاج (٤/٣٢٣ - ٣٢٦) : « (ولو أسلما معا) على أيِّ كُفرٍ كان ، قبل الدخول أو بعده (دام النكاح) بالإجماع كما نقله ابن المنذر وابن عبد البر . ولأن الفرقة تقع باختلاف الدين، ولم يختلف دينهما في الكفر ولا في الإسلام (والمعية) في الإسلام .

(بآخر اللفظ) الذي يصير به مسلمًا ، بأن يقترن آخر كلمة من إسلامه بآخر كلمة من إسلامها ، سواء أوقع أول حرف من لفظهما معًا أم لا .

وإسلام أبوي الزوجين الصغيرين أو المجنونين أو أحدهما كإسلام الزوجين أو أحدهما .

وإن أسلمت الزوجة البالغة وأبو زوجها الصغير أو المجنون معًا ، ولم يدخل بها ، بطل نكاحه كما قال البغوي ، لترتب إسلامه على إسلام أبيه ، فقد سبقته بالإسلام . وإن أسلمت عقب إسلام الأب ، ولم يدخل الصغير أو المجنون بها ، بطل النكاح كما قاله البغوي أيضًا ؛ لأن إسلام الصغير أو المجنون يحصل حكمًا ، وإسلامها يحصل بالقول ، والحكمي يكون سابقًا للقولي ؛ فلا يتحقق إسلامهما معًا . قال الأذرعي : وما قاله البغوي قاله أيضا المُتَوَلِّي والقاضي والخوارزمي . وقال البُلْقِيني : ما قاله البغوي في ذلك هو الفقه . (لا نكاح محرم) بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، فلا يقر عليه ؛ لأنه لا يجوز ابتداؤه . وحكى ابن المنذر فيه الإجماع » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥/١٣٦) : « عبد الحق : أجمعوا أن الزوجين إذا أسلما في حالة واحدة ، أن لهما البقاء على النكاح الأول ، إلا أن يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب تحريمًا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/١١٧) : « الزوجان إذا أسلما معًا ، فهما على النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده . وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله . ذكر ابن عبد البر أنه إجماع من أهل العلم ، وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلافُ دِينٍ . ويعتبر تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة ، لئلا يسبق أحدهما صاحبه ، فيفسد النكاح . ويحتمل أن يقف على المجلس ، كالقبض ونحوه ، فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد . ولأنه يبعد اتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة ، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول ، إلا في الشاذ النادر ، فيبطل الإجماع » .

لسماع الدعوى ، لأن حق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه ؛ إذ لا يتغير به اعتقاده .

٨٥٧ - **الثانية** : أن يكون هناك حق مسلم ، فإن القاضي ينظر في المسألة ، وإن لم تحصل مرافعة أصلًا ، كما إذا كانت كتابية متزوجة بمسلم ، فطلقها ، فتزوجها كتابي قبل انقضاء عدة المسلم ، فللقاضي في هذه الحالة أن يفرق بينهما ، وإن لم يترافعا ولا أحدهما ، للمحافظة على حق المسلم . ومثل هذا ما إذا تزوج الذمي مسلمة ، فإن القاضي يفرق بينهما ، وإن لم تحصل مرافعة ، ويوجعه عقوبة إن دخل بها ، ويعزر من زوجها له ، وتعزر المرأة أيضًا . وإن أسلم بعد النكاح لا يترك على نكاحه ، بل يجدد العقد بينهما . وهذا هو مذهب الإمام . وقال الصاحبان : إذا كانت الزوجة محرمًا له ، فإن القاضي يفرق بينهما بمرافعة أحدهما . فلا يشترط عندهما مرافعة الاثنين .

٨٥٨ - وعلى هذا الخلاف ما لو طلق غير المسلم امرأته ثلاثًا ، وتزوجها قبل أن تتزوج بغيره ، أو جمع بين المحارم ، كما إذا تزوج أختين مثلًا أو تزوج أكثر من أربع نسوة ، فعنده : لا تفريق إلا إذا ترافعا ، وعندهما : يفرق بمرافعة أحدهما .

(مادة ١٢٩)

إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ صَغِيرٌ أَوْ وُلِدَ لَهُمَا وَلَدٌ قَبْلَ عَرْضِ الإِسْلَامِ عَلَى الآخَرِ أَوْ بَعْدَهُ ، فَإِنَّهُ يَتْبَعُ مَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمَا ، إِنْ كَانَ الْوَلَدُ مُقِيمًا فِي دَارِ الإِسْلَامِ ، سَوَاءٌ كَانَ مَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَبَوَيْهِ مُقِيمًا بِهَا أَوْ فِي غَيْرِهَا .

فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْوَلَدُ مُقِيمًا بِدَارِ الإِسْلَامِ ، فَلَا يَتْبَعُ مَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَبَوَيْهِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٣٩/١) : « والولد يتبع خير الأبوين دينا ، كذا في الكنز . هذا إذا لم تختلف الدار ، بأن كانا في دار الإسلام ، أو في دار الحرب ، أو كان الصغير في دار الإسلام وأسلم الوالد في دار الحرب ؛ لأنه من أهل دار الإسلام حكمًا . وأما إذا كان الولد في دار الحرب والوالد في دار الإسلام ، فأسلم ، فلا يتبعه ولده ولا يكون مسلمًا ، كذا في التبيين » .

قول الشافعية : جاء في الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢٦٠/٤) : « (ويحكم للصبي) أي : للصغير ذكرًا كان أو أنثى أو خنثى (بالإسلام عند وجود) أحد (ثلاثة أسباب) :

أولها : ما ذكره بقوله : (أن يسلم أحد أبويه) والمجنون وإن جُنَّ بعد بلوغه كالصغير ، بأن يُعلَّق بين كافرين ثم يسلم أحدهما قبل بلوغه ، فإنه يحكم بإسلامه حالًا ، سواء أسلم أحدهما قبل وضعه أم بعده ، قبل تمييزه وقبل بلوغه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ﴾ » .

٨٥٩ - ولا يحكم على شخص بالإسلام بالتبعية لشخص آخر ، إلا الولد بالنسبة للوالدين . فإن أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد صغير قبل إسلامه ، أو وُلِد لهما ولد بعد إسلامه ، سواء كان قبل عرض الإسلام على الآخر أو بعد عرضه ، فإنه يحكم بإسلامه تبعًا لمن أسلم من أبويه ، ولكن في بعض الصور ؛ لأن الولد : إما أن يكون مقيمًا في دار الإسلام ، أو في دار الحرب . وعلى كلٍّ : فإما أن يكون من أسلم من أبويه مقيمًا في دار الإسلام ، أو في دار الحرب ، فالصور أربع :

٨٦٠ - **الأولى** : أن يكون كل منهما مقيمًا في دار الإسلام .

٨٦١ - **الثانية** : أن يكون الولد مقيمًا في دار الإسلام ، ومن أسلم من أبويه مقيمًا في دار الحرب .

٨٦٢ - **الثالثة** : أن يكون كل منهما مقيمًا في دار الحرب .

٨٦٣ - **الرابعة** : أن يكون الولد مقيمًا في دار الحرب ، ومن أسلم من أبويه مقيمًا في دار الإسلام .

فيحكم على الولد بالإسلام بالتبعية في الصورة الأولى والثانية ، أي : متى كان الولد مقيمًا في دار الإسلام ، سواء كان من أسلم من أبويه مقيمًا بها أو لا . ولا يحكم بإسلامه في الصورتين الأخيرتين ، لأن دار الحرب لا تدخل تحت حكم المسلمين ، فلا يحكم على من هو مقيم فيها بحكم يخصهم .

(مادة ١٣٠)

لاَ يَتْبَعُ الْوَلَدُ جَدَّهُ وَلاَ يَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلاَمِهِ ، وَلَوْ كَانَ أَبُوهُ مَيِّتًا . وَتَسْتَمِرُّ تَبَعِيَّةُ الْوَلَدِ لِمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَبَوَيْهِ مُدَّةَ صِغَرِهِ ، سَوَاءٌ كَانَ عَاقِلًا أَوْ غَيْرَ عَاقِلٍ . وَلاَ تَنْقَطِعُ إِلَّا بِبُلُوغِهِ عَاقِلًا ،

= **قول المالكية** : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٦٩/٨) : « يحكم بإسلام الولد الذي لم يميز بسبب إسلام أبيه فقط . وعدم تمييز الولد إما : لأجل صغره ، أو لأجل جنونه ولو بالغًا . وغير الأب لا يحكم بإسلام الولد بسبب إسلامه على المشهور ، وكذلك يحكم بإسلام الولد المميز الذي لم يراهق بسبب إسلام أبيه فقط ، وكذا بإسلامه استقلالًا على ظاهر المذهب . والمراد بالأب : دنيه . ويجبر بالقتل إن امتنع بعد البلوغ . ولم يميز : الثواب من العقاب ، أو القُرْبة من المعصية » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٥٨/٣) : « (وإن دخل) كافر (دار الإسلام فأسلم ، وله أولاد صغار في دار الحرب) أو حَمْلٌ (صاروا مسلمين) تَبَعًا له (ولم يجز سبيهم) لعصمتهم بالإسلام » .

فَلَوْ بَلَغَ مَجْنُونًا أَوْ مَعْتُوهًا ، فَلاَ تَزَالُ تَبَعِيَّتُهُ مُسْتَمِرَّةً (١) .

* * *

٨٦٤ - ولا يحكم بإسلام الولد بالتبع لغير الوالدين ، ولو كان ذلك الغير جدًّا ، سواء كان أبو الولد موجودًا أو غير موجود ؛ لأن الحكم بإسلامه إنما هو بالتبعية ، فتضعف إذا كان هناك واسطة ؛ ولأن الولد لو تبع الجد في الإسلام ، لكان تابعًا لجد الجد وهكذا ، فيؤدي إلى كون كل الناس مسلمين تبعًا لإسلام آدم عليه السلام .

وتستمر هذه التبعية ما دام الولد صغيرًا ، سواء كان عاقلًا أو غير عاقل .

فإذا بلغ : فإما أن يبلغ عاقلًا ، أو غير عاقل . فإن كان الأول ، انقطعت التبعية . وإن كان الثاني ، فلا تنقطع التبعية ، بل تستمر إلى أن يعقل . والأصل في هذا أن الولد يتبع خير الأبوين دينًا ، لأنه أصلح له ، فإذا تزوج مسلم كتابية كان كل الأولاد على دينه ، وإن أسلم أحد الأبوين تبعه الولد .

٨٦٥ - ولو كان كتابي متزوجًا مجوسية أو مجوسي بكتابية ، تبع ولدهما الكتابي ؛ لأن المجوسي شر من الكتابي ، لأن الكتابي يتبع دينًا سماويًّا أتى به رسول من الرسل عليهم الصلاة والسلام (٢) .

---

(١) **قول الشافعية** : جاء في الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢٦٠/٤) : « (ويحكم للصبي بالإسلام عند وجود ثلاثة أسباب : أن يسلم أحد أبويه) قول المصنف : « أن يسلم أحد أبويه » . يوهم قصره على الأبوين . وليس مرادًا ، بل في معنى الأبوين الأجداد والجدات إن لم يكونوا وارثين ، وكان الأقرب حيًّا » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٨٧/٦) : « ولو أسلم الجد ، لم يتبعه ولد ولده ؛ لأن الجد يدلي بغيره » .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الزواج الباطل : المادة (٣٣) : يكون الزواج باطلاً في الحالات التالية :
تزوج المسلمة بغير المسلم . تزوج المسلم بامرأة غير كتابية .
تزوج الرجل بامرأة ذات رحم محرم منه وهن الأصناف المبينة في المواد (٢٤ و ٢٥ و ٢٦) من هذا القانون .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٦٠) - ينقسم عقد الزواج إلى صحيح وغير صحيح .
المادة (٦١) - عقد الزواج الصحيح هو ما توفرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه .
المادة (٦٢) عقد الزواج غير الصحيح هو ما اختل ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته أو كان فيه مانع شرعي ويشمل الباطل والفاسد .
المادة (٦٣) تترتب على الزواج الصحيح آثاره منذ انعقاده .

الباب التاسع
في النكاح الغير الصحيح والموقوف

الفصل الأول
في النكاح الغير الصحيح

(مادة ١٣١)

إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدٌ إِحْدَى مَحَارِمِهِ نَسَبًا أَوْ رَضَاعًا أَوْ صِهْرِيَّةً ، فَالنِّكَاحُ لاَ يَصِحُّ أَصْلًا ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا إِنْ لَمْ يَفْتَرِقَا ، وَيُعَاقَبُ الزَّوْجُ بِأَشَدِّ الْعُقُوبَاتِ التَّعْزِيرِيَّةِ سِيَاسَةً إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عَالِمًا بِالحُرْمَةِ ، أَوْ بِعُقُوبَةٍ تَلِيقُ بِحَالِهِ إِنْ فَعَلَهُ جَاهِلًا بِهَا (١) .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٥/٧) : « إذا نكح محارمه أو الخامسة أو أخت امرأته فوطئها ، لا حد عليه عند أبي حنيفة ، وإن علم بالحرمة ، وعليه التعزير . وعندهما والشافعي رحمهم اللّٰه تعالى : عليه الحد . والأصل عند أبي حنيفة عليه الرحمة : أن النكاح إذا وُجِد من الأهل مضافًا إلى مَحَلٍّ قابلٍ لمقاصد النكاح ، يمنع وجوب الحد ، سواء كان حلالًا أو حرامًا ، وسواء كان التحريم مختلفًا فيه أو مجمعًا عليه ، وسواء ظَنَّ الحِلَّ فادعى الاشتباه أو علم بالحرمة . والأصل عندهما : أن النكاح إذا كان محرمًا على التأبيد ، أو كان تحريمه مجمعًا عليه يجب الحد ، وإن لم يكن محرمًا على التأبيد أو كان تحريمه مختلفًا فيه لا يجب عليه » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي على المنهاج (١٨٠/٤) : « (ويحد في مستأجرة) للزنى (ومبيحة) للوطء (ومحرم) بنسب أو رضاع أو مصاهرة (وإن كان تزوجها) وليس ما ذكر شبهة دافعة للحد » . وجاء في حاشيتي قليوبي وعميرة : « (وليس ما ذكر) من الإجارة والإباحة والعقد في المحرم شبهة ، فذكر الغاية في كلام المصنف هو محل التوهم بعدم إيجاب الحد . لو ادعى مُسْقِطًا للحد كجهل تحريم أو نسب ، صُدِّق إن أمكن ، وإلا فلا » .

قول المالكية : جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون (٢٥٤/٢) : « ومن نكح خامسة ، أو امرأته المطلقة ثلاثًا قبل زوج ، أو سائر المحرمات المتفق على تحريمها . فإن كان عالمًا ، حُدَّ . وإن ادعى الجهل بالتحريم ، ومثله يجهل ذلك ، لم يُحَدَّ » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٥٤/٩) : « وإن تزوج ذات محرمه ، فالنكاح باطل بالإجماع . فإن وطئها فعليه الحد في قول أكثر أهل العلم ، منهم : الحسن ، وجابر بن زيد ، ومالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وإسحاق ، وأبو أيوب ، وابن أبي خيثمة . وقال أبو حنيفة والثوري : لا حد عليه ؛ لأنه وطء تمكنت الشبهة منه ، فلم يوجب الحد ، كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها . وبيان الشبهة : أنه قد وجدت صورة المبيح ، وهو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة ، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة ، بقيت صورته شبهة دارئة للحد الذي يندرئ بالشبهات . ولنا : أنه وطء في فرج امرأة مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، والواطئ من أهل الحد عالم بالتحريم ، فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد . وصورة =

٨٦٦ - قد علمت مما تقدم أن النكاح الغير الصحيح هو : الذي فقد شرطًا من شروط الصحة ، بأن كانت المرأة غير محل له ، أو كانت محلًّا له ولكن حصل العقد بغير شهود. وعدم محلية المرأة للزواج أن تكون محرمة على من يريد التزوج بها ، سواء كانت حرمتها عليه مؤبدة ، أي : لا تحل له في وقت من الأوقات ، أو مؤقتة ، بأن كانت تحرم عليه في وقت لوجود ما يمنع العقد عليها ، وتحل له في وقت آخر بأن زال المانع .

٨٦٧ - فإذا فرض أن رجلًا تزوج من تحرم عليه حرمة مؤبدة ، سواء كان سبب التحريم النسب بأن تزوج أخته مثلًا ، أو كان الرضاع كما إذا تزوج أمه من الرضاع مثلًا ، أو كان المصاهرة كأن تزوج امرأة أبيه ، فلا شك في عدم صحة هذا العقد ، وحينئذ تجب عليهما مفارقة بعضهما ؛ لأنه يجب على المتعاقدين رفع العقد الغير الصحيح ، خصوصًا مثل هذا .

فإن افترقا من نفسهما فبها ، وإلا فيجب على القاضي أن يفرق بينهما، ولا يكتفي بهذه الفرقة ، بل لا بد من العقاب ، لأنهما أتيا أمرًا منكرًا، فيعاقبان عليه .

٨٦٨ - ولما كان هذا الأمر فظيعًا ، لم يقيد الشارع الحاكم بشيء مخصوص يستعمله ، بل فوض إليه النظر في التعزير ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف حالهما ، فالعالم بالحرمة لا يعاقب مثل الجاهل بها ، بل يعاقب كلًّا منهما عقوبة تليق بحاله ، ولو رأى أنه يزيد في تعزيره عن المقدر شرعًا فلا مانع من ذلك ، ويكون ذلك من باب السياسة الشرعية التي تجيزها الشريعة الغراء عندما تدعو الحاجة إليها . وهذا مذهب أبي حنيفة . وقال الصاحبان والشافعي ومالك وأحمد : يحد حد الزنى إن كان عالمًا بالحرمة ؛ لأن هذا عقد لم يصادف محله ، وكل عقد لم يصادف محله يكون لغوًا . ووجهه : أن محل التصرف هو ما يكون محلًّا لحكمه ، وهذا المحل ليس محلًّا للحكم ؛ لأن حكمه الحل ، وهي من المحرمات .

٨٦٩ - ولأبي حنيفة : أن العقد صادف محله ، لأن محل التصرف هو ما يكون قابلًا لمقصوده وهو هنا التوالد ، وبنات آدم قابلة لذلك ، إلا أن هذا العقد تقاعد عن إفادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في ديننا ، فيورث الشبهة ، لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت ، إلا أنه ارتكب جريمة ، وليس فيها حد مقدر ، فيعزر .

= المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة ، والعقد هاهنا باطل محرم ، وفعله جناية تقتضي العقوبة ، انضمت إلى الزنى فلم تكن شبهة ، كما لو أكرهها وعاقبها ، ثم زنى بها » .
وينظر تعليقاتنا على المسائل (٢١ : ٢٦) .

ومدار الخلاف : أن هذا العقد يوجب شبهة ، فيسقط الحد أم لا ؟

فعندهم : لا ؛ لأنه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، والواطئ أهل للحد عالم بالتحريم ، فيجب الحد ، كما إذا لم يوجد العقد ، وليس العقد شبهة ؛ لأنه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت إلى الزنى ، فلم تكن شبهة .

٨٧٠ - وعند أبي حنيفة : نعم هو شبهة يوجب سقوط الحد .

٨٧١ - ومدار كونه يوجب شبهة : على أنه ورد على ما هو محله أو لا ؟

٨٧٢ - فعندهم : لا ؛ لأن محل العقد ما يقبل حكمه ، وحكمه الحل ، وهذه من المحرمات في سائر الحالات ، فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده ؛ لأنه لا انعقاد في غير المحل .

٨٧٣ - وعنده : نعم ؛ لأن المحلية ليست لقبول الحل ، بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ، ولذا صح من غيره عليها .

وبتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية ، فهم حيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة لخصوص هذا العاقد ، أي : ليست محلاً لعقد هذا العاقد ، ولذا عللوه بعدم حِلِّهَا ولا شك في حِلِّهَا لغيره بعقد النكاح ، لا محليتها للعقد من حيث هو عقد . وهو حيث أثبت محليتها ، أراد محليتها لنفس العقد ، لا بالنظر إلى عاقد مخصوص ؛ ولذا علل بقبولها مقاصده .

(مادة ١٣٢)

إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدٌ امْرَأَةَ الْغَيْرِ أَوْ مُعْتَدَّتَهُ ، فَلاَ يَصِحُّ النِّكَاحُ أَصْلاً ، وَيُوجَعُ عُقُوبَةً إِنْ دَخَلَ بِهَا عَالِمًا بِالْحُرْمَةِ ، وَيُعَاقَبُ بِمَا يَلِيقُ بِهِ إِنْ فَعَلَهُ غَيْرَ عَالِمٍ بِهَا .

وَفِي صُورَةِ الْعِلْمِ لاَ عِدَّةَ عَلَى الْمَرْأَةِ بَعْدَ التَّفْرِيقِ ، فَلاَ يَحْرُمُ وِقَاعُهَا عَلَى الزَّوْجِ الأَوَّلِ لَوْ مُتَزَوِّجَةً . وَفِي صُورَةِ عَدَمِ الْعِلْمِ ، تَجِبُ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ ، وَيَحْرُمُ عَلَى زَوْجِهَا الأَوَّلِ وِقَاعُهَا قَبْلَ انْقِضَائِهَا (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١/٢٨٠) : « لا يجوز للرجل أن يتزوج زوجة غيره وكذلك المعتدة ، كذا في السراج الوهاج . سواء كانت العدة عن : طلاق ، أو وفاة ، أو دخول في نكاح فاسد أو شبهة نكاح ، كذا في البدائع . ولو تزوج بمنكوحة الغير وهو لا يعلم أنها منكوحة الغير فوطئها ، تجب العدة ، وإن كان يعلم أنها منكوحة الغير ، لا تجب حتى لا يحرم على الزوج وطؤها ، كذا في فتاوى قاضي خان . ويجوز لصاحب =

٨٧٤ - وإذا تزوج رجل من تحرم عليه حرمة مؤقتة كما إذا تزوج امرأة الغير أو معتدَّته ، فالنكاح غير صحيح أيضًا ، لأن المرأة غير محل للعقد .

فإن فارقها من نفسه فبها ، وإلا فالقاضي يجب عليه التفريق بينهما .

فإن كان قبل الدخول بها ، عَزَّره بما يليق بحاله ، لإقدامه على أمر غير جائز شرعًا ، ومن باب أولى ما إذا كان التفريق بعد الدخول .

ولكن التعزير يختلف ؛ لأنه إن فعل ذلك عالمًا بالحرمة ، يعاقبه بأشد العقوبات التي يراها زاجرة له عن ارتكاب مثل هذا العمل ورادعة لغيره عن الإقدام على مثل عمله ، وإن فعله غير عالم بالحرمة ، يعاقبه بما يليق به ؛ لأن الأشخاص تختلف بالنسبة للتأثر ، فيستعمل مع كلٍّ ما يراه زاجرًا له .

٨٧٥ - وإن حصل التفريق بعد الدخول ، فلا عدة على المرأة ، فلا يحرم على زوجها وقاعها عقب التفريق إن كان عالمًا بالحرمة ؛ لأن دخوله بها في هذه الحالة يعتبر محض زنًى ، والزنى لا حرمة له .

٨٧٦ - وإن كان لا يعلم بالحرمة ، تجب عليها العدة بعد التفريق ، فيحرم على زوجها الأول وقاعها قبل انقضاء عدتها .

٨٧٧ - وبعضهم يقول : إن الخلاف الجاري بين الإمام أبي حنيفة وغيره فيما ذُكِر

= العدة أن يتزوجها ، كذا في محيط السرخسي . هذا إذا لم يكن هناك مانع آخر سوى العدة ، كذا في البدائع » .

قول الشافعية : جاء في الأم (١٦٨/٦) : « ولو أن رجلًا أُخِذ مع امرأة ، فجاء ببينة أنه نكحها وقال : نكحتُها وأنا أعلم أن لها زوجًا ، أو أنها في عدة من زوج ، أو أنها ذات محرم ، وأنا أعلم أنها مُحَرَّمَة . في هذه الحال أقيم عليه حد الزاني . وكذلك إن قالت هي ذلك . فإن ادعى الجهالة بأن لها زوجًا أو أنها في عدة ، أُحلف ودُرِئَ عنه الحد . وإن قالت : قد علمتُ أني ذات زوج ، ولا يحل لي النكاح . أقيم عليها الحد ، ولكن إن قالت : بلغني موت زوجي واعتددتُ ، ثم نُكِحْتُ . دُرِئَ عنها الحد . وفي كل ما درأنا فيه الحد ، ألزمه المهر بالوطء » .

قول المالكية : جاء في المدونة (٤٧٧/٤) : « قلت : والذي يتزوج المرأة في عدتها عامدًا يعاقب ولا يحد ، وكذلك الذي يتزوج المرأة على خالتها أو على عمتها ، وكذلك نكاح المتعة عامدًا ، لا يُحَدُّون في ذلك ويعاقبون . قال : نعم » . وينظر أيضًا : المدونة ٤٨٥/٤ .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٠٣/٨) : « وإذا تزوج معتدة ، وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ووطئها ، فهما زانيان ، عليهما حد الزنى ، ولا مهر لها ، ولا يلحقه النسب . وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ، ثبت النسب ، وانتفى الحد ، ووجب المهر . وإن علم هو دونها ، فعليه الحد والمهر ، ولا نسب له . وإن علمت هي دونه ، فعليها الحد ، ولا مهر لها ، والنسب لاحق به . وإنما كان كذلك ، لأن هذا نكاح متفق على بطلانه ، فأشبه نكاح ذوات محارمه » .

يأتي هنا أيضًا في كل من تحرم عليه حرمة مؤقتة ، ولو لم تكن زوجة للغير ولا معتدته . ويقيده بعضهم بالعقد على من تحرم عليه حرمة مؤبدة ، وهذا هو الذي ارتضاه ابن الكمال للنصوص التي أوردها في ذلك (١) .

(مادة ١٣٣)

إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ أُخْتَيْنِ خَالِيَتَيْنِ عَنْ نِكَاحٍ وَعِدَّةٍ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَنِكَاحُهُمَا غَيْرُ صَحِيحٍ ، وَيَجِبُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا إِنْ لَمْ يُفَارِقْهُمَا ، وَلاَ مَهْرَ لَهُمَا إِنْ وَقَعَ التَّفْرِيقُ قَبْلَ الدُّخُولِ .

فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُتَزَوِّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً ، فَنِكَاحُهَا غَيْرُ صَحِيحٍ ، وَنِكَاحُ الْخَالِيَةِ صَحِيحٌ .

فَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدَيْنِ مُتَعَاقِبَيْنِ وَعُلِمَ الأَسْبَقُ مِنْهُمَا وَكَانَ صَحِيحًا ، فَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ غَيْرُ صَحِيحٍ ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ عَدَمِ الْمُتَارَكَةِ . وَإِنْ كَانَ وَاقَعَهَا ، يَحْرُمُ عَلَيْهِ قَبْلَ مُضِيِّ عِدَّتِهَا وِقَاعُ الأُولَى .

فَإِنْ لَمْ يُعْلَمِ الأَسْبَقُ مِنْهُمَا ، أَوْ عُلِمَ وَنَسِيَ ، بَطَلَ الْعَقْدَانِ مَعًا ، مَا لَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا بِعَيْنِهِ غَيْرَ صَحِيحٍ مِنَ الأَصْلِ ، فَيَصِحُّ الآخَرُ .

وَإِنْ وَقَعَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهِمَا ، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَيَّتَهُمَا شَاءَ فِي الْحَالِ ، وَيَكُونُ لَهُمَا مَعًا نِصْفُ الْمَهْرِ فِي حَالَةِ التَّفْرِيقِ قَبْلَ الدُّخُولِ إِنْ كَانَ مَهْرَاهُمَا مُسَمَّيَيْنِ فِي الْعَقْدِ وَمُتَسَاوِيَيْنِ جِنْسًا وَقَدْرًا وَادَّعَتْ كُلٌّ مِنْهُمَا أَنَّهَا الأُولَى وَلاَ بَيِّنَةَ لَهُمَا .

وَلَوْ أَقَامَتْ إِحْدَاهُمَا بَيِّنَةً عَلَى أَسْبَقِيَّةِ عَقْدِهَا ، فَنِكَاحُهَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ دُونَ الَّتِي بَطَلَ نِكَاحُهَا .

فَإِنِ اخْتَلَفَ مَهْرَاهُمَا جِنْسًا أَوْ قَدْرًا ، فَلَهُمَا مَعًا الأَقَلُّ مِنْ نِصْفَيِ الْمَهْرَيْنِ الْمُسَمَّيَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا مَهْرٌ مُسَمًّى ، فَالْوَاجِبُ لَهُمَا مُتْعَةٌ وَاحِدَةٌ .

وَإِنْ كَانَتِ الْفُرْقَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ ، وَجَبَ لِكُلٍّ مِنْهُمَا مَهْرٌ كَامِلٌ (٢) .

* * *

(١) انظر : فتح القدير (٢٥٤/٣ ، ٢٥٥) .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٧/١ ، ٢٧٨) : « لا يجمع بين أختين بنكاح ولا بوطء بملك يمين ، سواء كانتا أختين من النسب أو من الرضاع ، هكذا في السراج الوهاج . والأصل أن كل امرأتين لو صورنا إحداهما من أي جانب ذكرًا لم يجز النكاح بينهما برضاع أو نسب ، لم يجز الجمع بينهما ، هكذا في =

= المحيط . فلا يجوز الجمع بين امرأة وعمتها نسبًا أو رضاعًا ، وخالتها كذلك ونحوها ، ويجوز بين امرأة وبنت زوجها ، فإن المرأة لو فرضت ذكرًا حلّت له تلك البنت ، بخلاف العكس ، وكذا يجوز بين امرأة وجاريتها ، إذ عدم حِلِّ النكاح على ذلك الفرض ليس لقرابة أو رضاع ، كذا في شرح النقاية للشيخ أبي المكارم .
فإن تزوج الأختين في عقدة واحدة ، يفرق بينهما وبينه . فإن كان قبل الدخول ، فلا شيء لهما . وإن كان بعد الدخول ، يجب لكل واحدة منهما الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ، كذا في المضمرات .
وإن تزوجهما في عقدتين ، فنكاح الأخيرة فاسد ، ويجب عليه أن يفارقها ، ولو علم القاضي بذلك يُفَرِّق بينهما . فإن فارقها قبل الدخول ، لا يثبت شيء من الأحكام . وإن فارقها بعد الدخول ، فلها المهر ، ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ، وعليها العدة ، ويثبت النسب ، ويعتزل عن امرأته حتى تنقضي عدة أختها ، كذا في محيط السرخسي .
ولو تزوجهما في عقدتين ولا يدري أيتهما أسبق ، فإنه يؤمر الزوج بالبيان ، فإن بَيَّنَ ، فعلى ما بَيَّنَ ، وإن لم يبين ، فإنه لا يتحرى في ذلك ، ويفرق بينه وبينهما ، كذا في شرح الطحاوي .
ولهما نصف المهر إذا كان مهراهما متساويين وهو المسمى في العقد ، وكان الطلاق قبل الدخول . وإن كانا مختلفين ، يقضي لكل واحدة منهما بربع مهرها . وإن لم يكن مسمًّى في العقد ، تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر .
وإن كانت الفرقة بعد الدخول ، يجب لكل واحدة المهر كاملًا ، كذا في التبيين . وقال أبو جعفر الهندواني : معنى المسألة : إذا ادعت كل واحدة الأولية ، ولا حجة لهما ، فيقضي بنصف المهر لهما . أما إذا قالتا : لا ندري أي العقدين أول ، فلا يقضي بشيء حتى يصطلحا ، كذا في غاية السروجي . وصورة الاصطلاح هي : أن يقولا عند القاضي : لنا عليه المهر ، وهذا الحق لا يعدونا ، فنصطلح على أخذ نصف المهر . فيقضي القاضي ، كذا في النهاية .
وإذا برهنت كل واحدة على السبق ، فعليه نصف المهر بينهما بالاتفاق في رواية كتاب النكاح ، وهو ظاهر الرواية ، كذا في الكافي .
وكل هذه الأحكام المذكورة بين الأختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم ، كذا في فتح القدير .
وإن أراد أن يتزوج إحداهما بعد التفريق ، فله ذلك إن كان التفريق قبل الدخول . وإن كان بعد الدخول ، فليس له ذلك حتى تنقضي عدتهما . وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى ، فله أن يتزوج المعتدة دون الأخرى ، ما لم تنقضِ عدتها . وإن دخل بإحداهما ، فله أن يتزوجها دون الأخرى ، ما لم تنقضِ عدتها . وإن انقضت عدتها ، جاز له أن يتزوجها بأيتهما شاء ، كذا في التبيين » .
قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤/٢٩٥) : « (ويحرم) ابتداءً ودوامًا (جمع) امرأتين بينهما قرابة أو رضاع لو فرضت إحداهما ذكرًا حرم تناكحهما كجمع (المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها من رضاع أو نسب) ولو بواسطة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ ، ولخبر : « لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا العمة على بنت أخيها ، ولا المرأة على خالتها ، ولا الخالة على بنت أختها ، لا الكبرى على الصغرى ، ولا الصغرى على الكبرى » . رواه الترمذي وغيره وصححوه . ولما فيه من قطعية الرحم ، وإن رضيت بذلك ، فإن الطبع يتغير ، وإليه أشار ﷺ في خبر النهي عن ذلك بقوله : « إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن » . كما رواه ابن حبان وغيره .
(فإن) خالف و(جمع) بين من يحرم الجمع بينهما كأختين (بعقد بطل) نكاحهما ، إذ لا أولوية لإحداهما عن الأخرى (أو مرتبا ف) الأول صحيح ، والثاني باطل ؛ لأن الجمع حصل به ، هذا إذا عُلِم عين السابق . =

٨٧٨ – ومن أسباب التحريم المؤقت : الجمع بين الأختين ، فمن تزوج امرأة ، حَرُم

= فإن لم يعلم بطلا . وإن علم ثم اشتبه ، وجب التوقف كما في نكاح الوليين من اثنين . فإن وطئ الثانية جاهلًا بالحكم ، استحب ألا يطأ الأولى حتى تنقضي عدة الموطوءة ».

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٣/٢١٠ ، ٢١١) : « إذا جمع بين الأختين في عقد نكاح واحد ، فُسِخَا أبدًا . وإن أفرد كل واحدة منهما في عقد ، ثبت نكاح الأولى ، وفسخ نكاح الثانية مع البينة ، وكذا إن صدقته أنها الثانية . وسواء دخل بها أم لا والفسخ بلا طلاق ، لأنه مجمع على فساده . وإن لم تصدقه في كونها الثانية ، ولم تقم على ذلك بينة ، ولم يدخل بها ، فإن الزوج يحلف على تكذيبها ، لأنه مُدَّعٍ لسقوط نصف الصداق عنه الواجب لها بالطلاق قبل المسيس لو ثبت أنها الأولى ».

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٩٤ ، ٩٥) : « (وإن تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد ، فسد . وإن تزوجهما في عقدين ، فالأولى زوجته ، والقول فيهما القول في المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها) وجملة ذلك : أن الجمع بين المرأة وأختها ، أو عمتها ، أو خالتها ، محرم . فمتى جمع بينهما فعقد عليهما معًا ، لم يصح العقد في واحدة منهما ؛ لأنه لا يمكن تصحيحه فيهما ، ولا مزية لإحداهما على الأخرى ، فيبطل فيهما ، كما لو زُوِّجَتِ المرأة لرجلين . وهكذا لو تزوج خمسًا في عقد واحد ، بطل في الجميع لذلك . وإن تزوجهما في عقدين ، فنكاح الأولى صحيح ، لأنه لا جمع فيه ، ونكاح الثانية باطل ؛ لأن الجمع يحصل به ، فبالعقد على الأولى تحرم الثانية ، ولا يصح عقده عليها حتى تَبِين الأولى منه ويزول نكاحها وعدتها .

فإن تزوجهما في عقدين ، ولم يدر أولاهما ، فعليه فُرْقَتُهما معًا . قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أولًا : نفرق بينه وبينهما . وذلك لأن إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ، ولا نعرف المُحَلَّلَة له ، فقد اشتبهتا عليه ، ونكاح إحداهما صحيح ، ولا تُتَيَقَّن بينونتها منه إلا بطلاقهما جميعًا أو فسخ نكاحهما ، فوجب ذلك ، كما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منهما . وإن أحب أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها ، فلا بأس ، وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة .

ولا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : ألا يكون دخل بواحدة منهما ، فله أن يعقد على إحداهما في الحال بعد فراق الأخرى .

الثاني : إذا دخل بإحداهما ، فإن أراد نكاحها ، فارق التي لم يصبها بطلقة ، ثم ترك المصابة حتى تنقضي عدتها ، ثم نكحها ، لأننا لا نأمن أن تكون هي الثانية ، فيكون قد أصابها في نكاح فاسد ، فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها . ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال ، لأن النسب لاحق به ، ولا يصان ذلك عن مائه . وإن أحب نكاح الأخرى ، فارق المصابة بطلقة ، ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ، ثم تزوج أختها .

القسم الثالث : إذا دخل بهما ، فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى ، وتنقضي عدتها من حين فرقتها ، وتنقضي عدة الأخرى من حين أصابها . وإن ولدت منه إحداهما أو هما جميعًا ، فالنسب لاحق به ؛ لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد ، وكلاهما يلحق النسب فيه . وإن لم يُرِدْ نكاح واحدة منهما ، فارقهما بطلقة .

فأما المهر : فإن لم يدخل بواحدة منهما ، فلإحداهما نصف المهر ، ولا نعلم من يستحقه منهما ، فيصطلحان عليه . فإن لم يفعلا ، أقرع بينهما ، فكان لمن خرجت قُرْعتها مع يمينها . وقال أبو بكر : اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبرًا على الطلاق قبل الدخول .

وإن دخل بواحدة منهما أقرع بينهما ، فإن وقعت لغير المصابة ، فلها نصف المهر ، وللمصابة مهر المثل بما =

عليه أن يتزوج أختها ما دامت الأولى في عصمته . فإن ماتت أو طلقها ، وانقضت عدتها ، جاز له أن يتزوج أختها ، لزوال المانع وهو الجمع بينهما .

فإذا جمع الرجل بين أختين ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : أن يكون ذلك في عقد واحد .

الثاني : أن يكون في عقدين .

فإن كان في عقد واحد : فإما أن يكون هناك ما يمنع العقد على واحدة منهما دون الأخرى ، أو ما يمنع العقد على كلٍّ منهما ، أو ليس هناك ما يمنعه .

فإن كان هناك ما يمنع العقد على واحدة منهما ، كما إذا كانت متزوجة أو معتدة لغيره ، وليس هناك مانع في الأخرى ، صح العقد بالنسبة للخالية عن المانع ، وبطل بالنسبة للأخرى ، لوجود مرجح لصحة العقد في حق الأخرى ، فلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ، فلا يتحقق الجمع بينهما ، كما لو تزوجت امرأة رجلين في عقد واحد ، وأحدهما متزوج بأربع نسوة ، فإنها تكون زوجة للآخر ؛ لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين ، إذ كانت هي لا تحل لأحدهما .

وإن كان هناك ما يمنع العقد على كلٍّ منهما ، كما إذا كانت إحداهما متزوجة والأخرى معتدة لغيره مثلًا ، فسد العقد بالنسبة لكلٍّ منهما ، لوجود المانع من صحته في هذه الحالة ، كما لو كان العقد على واحدة منهما فقط .

وإن لم يكن هناك ما يمنع العقد على كلٍّ منهما ، بأن كانتا خاليتين من موانع النكاح الشرعية ، فسد العقد بالنسبة إليهما أيضًا ؛ لأنه لا يجوز الجمع بينهما في آنٍ واحدٍ ، فلا يمكن تصحيحه بالنسبة لهما معًا ولا بالنسبة لواحدة منهما ؛ لأنه يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ، وهذا لا يجوز . وحينئذ يلزمه مفارقتهما ؛ لأن كل عقد فاسد يجب على المتعاقدين عدم الإمضاء فيما يقتضيه لو كان صحيحًا ، خصوصًا في مثل هذا العقد .

فإن فارقهما فبها ، وإلا فرق القاضي بينه وبينهما ، دفعًا للمعصية بقدر الإمكان .

= استحل من فرجها . وإن وقعت على المصابة ، فلا شيء للأخرى ، وللمصابة المسمى جميعه .

وإن أصابهما معًا ، فلإحداهما المسمى ، وللأخرى مهر المثل ، يقرع بينهما فيه . إن قلنا : إن الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل . وإن قلنا بوجوب المسمى فيه ، وجب هاهنا لكل واحدة منهما .

قال أحمد : إذا تزوج امرأة ، ثم تزوج أختها ودخل بها ، اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية . إنما كان كذلك ، لأنه لو أراد العقد على أختها في الحال ، لم يجز له حتى تنقضي عدة الموطوءة ، كذلك لا يجوز الوطء لامرأته ، حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها ».

وهذا التفريق : إما أن يكون قبل الدخول ، أو بعده .

فإن كان قبله ، فلا مهر لهما ، لأن كل عقد فاسد حصلت فيه الفرقة قبل الدخول لا تستحق المرأة به شيئًا من المهر ، وكذا لا عدة عليهما ، لأن الفرقة إذا حصلت بين الزوجين قبل الدخول ، فلا تجب العدة على الزوجة ، إلا إذا كانت بسبب موت الزوج ، بشرط أن يكون العقد صحيحًا .

وإن كان بعد الدخول بهما ، وجب لكلٍّ الأقلُّ من المسمى ومن مهر المثل ، كما هو حكم النكاح الفاسد ، وعليهما العدة ، ويُعْلَم حكم ما إذا دخل بواحدة منهما فقط مما تقدم .

٨٧٩ – وإن كان في عقدين : فإما أن يعلم الأول منهما ، أو لا يعلم ، أو علم ونسي .

٨٨٠ – فإن علم الأسبق منهما ، وكان مستوفيًا لشروط الصحة ، حكم بصحته وبطلان الثاني ، لأن العقد على الأولى وقت حصوله لم يكن هناك مانع من صحته ، بخلاف العقد على الثانية فإن هناك ما يمنع من صحته وهو الجمع بين الأختين ، فيبطل . وحينئذ يلزمه ترك الثانية ، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما .

وهذا التفريق : إما أن يكون قبل الدخول بها ، أو بعده . فإن كان قبله، حل له وقاع الأولى . وإن كان بعده ، حرم عليه ذلك حتى تنقضي عدتها ، لأنه يلزم عليه الجمع بين الأختين في العدة ، وهو ممنوع .

٨٨١ – وأما إذا لم يعلم الأسبق منهما ، أو علم ونسي : فأما أن يعلم أن أحدهما بعينه غير صحيح من الأصل ، أو لا يعلم .

فإن علم ذلك ، صح الآخر ، لأنه متى كان أحدهما غير صحيح ، حكم بصحة الآخر ، سواء كان متقدمًا أو متأخرًا . وإن لم يعلم ذلك ، حكم ببطلان العقدين ؛ لأن العقد على واحدة منهما وهي المتأخرة باطل بيقين ، ولا يمكننا أن نحكم بصحة العقد على واحدة منهما معينة لئلّا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ، ولا يمكن أيضًا تصحيحه في إحداهما غير معينة لعدم الفائدة بالنسبة للزوج وهي حل القربان ، لأنه لا يثبت مع الجهالة وللضرر بالنسبة إلى الأختين ؛ لأن كلاً منهما تبقى معلقة لا صاحبة زوج ولا مطلقة ، وبالنسبة للزوج أيضًا بإلزامه بالنفقة والسكنى من غير فائدة تعود عليه ، فتعين التفريق .

٨٨٢ – والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كلٍّ منهما طلقة ، فإن أراد أن يتزوج بإحداهما بعد التفريق فله ذلك إن كان التفريق قبل الدخول . وإن كان بعده ، فليس له ذلك حتى تنقضي عدتهما . فإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى ، فله أن يتزوج بالمعتدة دون الأخرى ، كيلا يكون جامعًا بينهما .

٨٨٣ - وإن دخل بإحداهما ، فله أن يتزوجها دون الأخرى ما لم تنقض عدتها ؛ لأن عدتها تمنع التزوج بأختها . فإن انقضت عدتها ، جاز له أن يتزوج بأيهما شاء ، لعدم المانع .

هذا بالنسبة للتزوج . وأما بالنسبة للمهر : فإما أن يكون التفريق قبل الدخول ، أو بعده .

فإن كان قبل الدخول ، فلهما معًا نصف المهر ، لأنه وجب للأولى منهما ، وانعدمت الأولوية للجهل بالأولية ، فيصرف إليهما . وهذا مقيد بثلاثة قيود :

الأول : أن يكون المهر مسمًّى في العقد ، فلو لم يكن مسمى ، وجبت متعة واحدة لهما بدل نصف المهر .

الثاني : أن يستوي المهران جنسًا وقدرًا ، كما إذا سمى لكلٍّ مائة جنيه مثلًا ، فإن اختلفا . قال بعضهم : يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها . وقال بعضهم : يقضى لهما معًا بالأقل من نصفي المهرين . فإذا سمى لواحدة منهما مائة جنيه مثلًا وللأخرى ثمانين ، يقضى لكل منهما بربع مهرها على القول الأول ، وعلى الثاني يقضى لهما بأربعين فتأخذ كلٌّ نصفها ، وهذا هو الظاهر ، لأنه هو المتيقن ، سواء كان عقد من مهرها أكثر متقدمًا أو متأخرًا بخلاف الأول .

الثالث : أن تدعي كل واحدة منهما أنها الأولى ، ولا بينة لهما . أما إذا قالتا : لا ندري أي العقدين أول . فلا يقضى لهما بشيء ؛ لأن المقضي له مجهول ، وهو يمنع صحة القضاء ، ونظيره من قال لرجلين : لأحدكما عليَّ ألف . فإنه لا يقضى لواحد منهما بشيء ، إلا إذا اصطلحا بأن يتفقا على أخذ نصف المهر ، وصورة هذا الاصطلاح أن يقولا عند القاضي : لنا عليه نصف المهر لا يتعدانا إلى غيرنا ، فنصطلح على أخذه . فيقضي القاضي لهما به .

وإن كان بعد الدخول ، يجب لكل واحدة المهر كاملًا، لأنه استقر بالدخول ، فلا يسقط منه شيء .

(مادة ١٣٤)

إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ مُطَلَّقَتَهُ ثَلاثًا قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهَا زَوْجٌ غَيْرُهُ وَيُحِلَّهَا لَهُ (١) **، أَوْ تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً** (٢) **، أَوْ خَامِسَةً قَبْلَ تَطْلِيقِ الرَّابِعَةِ وَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، أَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً**

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨٢/١) : « لا يحل للرجل أن يتزوج حرة طلقها ثلاثًا قبل إصابة الزوج الثاني » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية ١(٢٨١/) : « لا يجوز نكاح المجوسيات ولا الوثنيات ، وسواء في ذلك الحرائر منهن والإماء ، كذا في السراج الوهاج » .

بِلاَ شُهُودٍ [١] ، فَالنِّكَاحُ غَيْرُ صَحِيحٌ أَيْضًا ، وَالتَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا وَاجِبٌ ، وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا فَسْخُهُ وَتَرْكُ صَاحِبِهِ وَإِخْبَارُهُ بِذَلِكَ ، بِلاَ تَوَقُّفٍ عَلَى الْقَضَاءِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ [٢] .

* * *

٨٨٤ - ومن أسباب التحريم المؤقت : التطليق ثلاثًا ، وعدم الدين السماوي ، والجمع بين الأجنبيات زيادة على أربع .

٨٨٥ - فإذا طلق رجل امرأته ثلاثًا ، فلا يجوز له أن يعقد عليها إلا بعد أن تتزوج بغيره ، بالشروط المعلومة . فإذا تزوج قبل ذلك ، فلا شك في فساد هذا العقد .

٨٨٦ - ومثله ما إذا تزوج مسلم مَنْ ليست متدينة بدين سماوي كالوثنية مثلًا ، أو كان متزوجًا أربعًا وتزوج خامسة قبل أن تحرم عليه إحدى الأربع ، فإن العقد غير صحيح ، وكذلك التزوج بلا شهود .

٨٨٧ - وحينئذ يجب على كلٍّ منهما فسخُ هذا العقد وترك صاحبه ، إذ العقد الفاسد يجب رفعه ، وبفسخ أحدهما هذا العقد انفسخ بلا توقف على رضا صاحبه ولا على قضاء القاضي ، سواء كان قبل الدخول أو بعده . فإن فعل أحدهما ذلك فبها ، وإلا فرق القاضي بينهما ، لأن هذا منكر فيزيله [٣] .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/ ٢٧٧) : « وإذا تزوج الحر خمسًا على التعاقب ، جاز نكاح الأربع الأول ، ولا يجوز نكاح الخامسة . وإن تزوج خمسًا في عقدة ، فسد نكاح الكل ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

(٢) ينظر تعليقنا على مادة (٧) .

(٣) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٦٤) (أ) لا يترتب على الزواج غير الصحيح أي أثر قبل الدخول .

(ب) تترتب على الزواج غير الصحيح بعد الدخول الآثار التالية :

(١) وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل .

(٢) ثبوت النسب .

(٣) ثبوت حرمة المصاهرة .

(٤) وجوب العدة .

(٥) وجوب النفقة إذا كانت المرأة جاهلة عدم صحة العقد .

(مادة ١٣٥)

كُلُّ نِكَاحٍ وَقَعَ غَيْرَ صَحِيحٍ ، لاَ يُوجِبُ حُرْمَةَ المصَاهَرَةِ إِذَا وَقَعَ التَّفْرِيقُ قَبْلَ الْوَطْءِ وَدَوَاعِيهِ ، وَلاَ يَرِثُ أَحَدٌ مِنْهُمَا الآخَرَ ، وَيَثْبُتُ فِيهِ النَّسَبُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْمَادَّةِ الثَّامِنَةَ عَشْرَةَ .

* * *

٨٨٨ - ولا تنس ما تقدم لك في شرح المادة السابعة عشرة والثامنة عشرة من أن أحكام الزواج لا تترتب على العقد إلا إذا كان صحيحًا ، فإن كان غير صحيح ، فلا تترتب عليه الأحكام .

٨٨٩ - فإذا تزوج رجل امرأة ، وكان العقد غير صحيح ، وحصلت الفرقة بينهما قبل الدخول أو ما يقوم مقامه ، فلا تترتب عليه حرمة المصاهرة . فيجوز له أن يتزوج بأصول وفروع مَنْ عقد عليها هذا العقد ، وهي تحل لأصوله وفروعه .

بخلاف ما إذا كان العقد صحيحًا ، فإنها لا تحل لأصول الزوج ولا لفروعه بمجرد العقد ، ويحرم على الزوج التزوج بأصولها بمجرد العقد ، ولا تحرم عليه فروعها إلا بالدخول ؛ لأن القاعدة أن : العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات يحرم البنات [١] .

٨٩٠ - ومثل المصاهرة الإرث ، فإنه يترتب على العقد الصحيح لا الفاسد ، وكذلك غيره من الأحكام التي تقدمت في المادتين السابقتين فراجعهما .

(مادة ١٣٦)

إِذَا اسْتَوَى وَلِيَّانِ فِي الْقُرْبِ ، وَزَوَّجَ كُلٌّ مِنْهُمَا الصَّبِيَّةَ مِنْ رَجُلٍ آخَرَ ، صَحَّ الأَسْبَقُ مِنَ الْعَقْدَيْنِ ، وَبَطَلَ الآخَرُ .

فَإِنْ جُهِلَ الأَسْبَقُ مِنْهُمَا أَوْ وَقَعَا مَعًا ، فَهُمَا بَاطِلاَنِ [٢] .

* * *

(١) قاعدة : العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات يحرم البنات .

(٢) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (١/٣٣٩) : « (ولو زوجها وليان متساويان) في المرتبة كالأخوين مثلًا (فالعبرة للأسبق) لوجود العقد من ولي قريب بلا معارض . (وإن كانا معًا بطلا) لتعذر الجمع وعدم الأولوية ، وكذا لا يجوز إن كان أحدهما قبل الآخر ولا يدرى السابق من اللاحق » . =

٨٩١ - وقد علمت في شرح المادة الثانية والأربعين أنه إذا استوى وليان في القرب كأخوين شقيقين أو لأب أو ابني عم كذلك ، فأيهما تولى زواج الصغيرة صح ، وليس

= **قول الشافعية** : جاء في مغني المحتاج (٢٦٥/٤ - ٢٦٧) : « (ولو) أذنت لهم في التزويج و(زوجها أحدهم) أي : الأولياء المستوين في الدرجة (زيدًا) وهو كفء (وآخر عَمْرًا) كذلك . أو أذنت لأحدهم أن يزوجها من زيد ، والآخر أن يزوجها من عمرو ، فزوجاها . أو وَكَّل المجبِرُ رجلًا ، فزوجها الولي بزيد ، والوكيل عَمْرًا . أو وَكَّل رجلين ، فزوجاها من كفأين . فلهذه المسألة خمسة أحوال :

شرع المصنف في أولها بقوله : (فإن عُرِف السابق) منهما ببينة أو تصادق معتبر (فهو الصحيح) وإن دخل بها المسبوق والآخر باطل .

ثم شرع في ثانيها بقوله : (وإن وقعا) أي : التزويجان (معًا) وتعدد الخاطب .

ثم شرع في ثالثها بقوله : (أو جهل السبق والمعية) فيهما (فباطلان) أما في الأولى ؛ فلأن الجمع ممتنع ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فتعين بطلانهما . وأما في الثانية ؛ فلأنهما إن وقعا معًا تدافعًا أو مرتبًا ، فلا اطلاع على السابق منهما ، وإذا تعذر إمضاء العقد لغا ؛ إذ الأصل في الأبضاع الحرمة حتى يتحقق السبب المبيح . فإن اتحد الخاطب في الصورة الأولى ، بأن أوجب كل من الوليين له معًا ، صح ويقبل كل من الإيجابين . ويستحب في الصورة الثانية أن يقول القاضي : فسختُ السابقَ منهما . أو يأمرهما أو أحدهما بالتطليق ، ليكون نكاحها بَعْدُ على يقين الصحة . ويثبت للقاضي هذه الولاية في هذه الحالة للضرورة . قاله المتولي وغيره .

ثم شرع في رابعها بقوله : (وكذا لو عرف سبق أحدهما) أي : التزويجين (ولم يتعين) بأن آيس من تعيينه ، ولم تُرْجَ معرفته ، فباطلان أيضًا (على المذهب) أما الثاني منهما فظاهر . وأما الأول ، فلتعذر إمضائه لعدم تعيينه . والطريق الثاني قولان : أحدهما : هذا . والثاني : مخرج من نظير المسألة في الجمعتين : أنه يوقف الأمر حتى يتبين ، فإن رجي معرفته ، وجب التوقف كما في الذخائر .

ثم شرع في خامسها بقوله : (ولو سبق معين ثم اشتبه) بالآخر (وجب التوقف حتى يتبين) السابق ، لجواز التذكر ؛ لأنا تحققنا صحة العقد ، فلا يرتفع إلا بيقين ، فيمتنعان منها . فلا يحل لواحد منهما الاستمتاع بها ، ولا تنكح غيرهما إلا ببينونتها منهما ، بأن يطلقاها أو يموتا أو يطلقها أحدهما ويموت الآخر ، وتنقضي عدتها من موت آخرهما . ولا يبالَى بطول ضررها كزوجة المفقود والذي انقطع دمها بمرض ونحوه ، فإنها تصبر إلى سن اليأس مع الضرر ، ولها طلب فسخ نكاحها في هذه الحالة لتضررها بسبب التوقف للإشكال كالعيب ، كما قاله الشيخان في موانع النكاح .

هذا كله إذا كانا كفأين كما تقرر . فإن كانا غير كفأين ، فنكاحهما باطل . أو أحدهما كفئًا ، فنكاحه هو الصحيح وإن تأخر . وهو محمول على ما إذا لم يَرْضَوْا بكلٍّ منهما » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢٣٣/٢ - ٢٣٦) : « (وإن أذنت) غير المجبرة في تزويجها (لوليين) معًا أو مترتبين (فعقدا) لها على الترتيب وعُلِم الأول والثاني (فـ) هي (للأول) دون الثاني ، لأنه تزوج ذات زوج (إن لم يتلذذ) بها (الثاني) بمقدمات وطء ففوق (بلا علم) منه أنه ثان ، أي : إن انتفى تلذذه حالة عدم علمه بأن لم يتلذذ أصلًا ، أو تلذذ عالمًا ببينة على إقراره قبل عقده ، فتكون للأول في هاتين =

للآخر نقضه ؛ لأن الولاية ثابتة لكلٍّ منهما على الكمال .

فإن زوجها كلٌّ منهما : فإما أن يكون لرجل أو لرجلين .

فإن كان لرجل ، فلا كلام . وإن كان لرجلين فإن علم الأسبق منهما صح ، وبطل المتأخر ؛ لأنه حصل وهي متزوجة ، فيكون هناك مانع من العقد عليها فيبطل .

فإن جهل الأسبق منهما ، فهما باطلان ، لأننا لو حكمنا بصحة أحدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح ، وهو لا يجوز .

ومثله ما إذا وقعا معًا ، فإنهما باطلان ؛ إذ لا يمكننا تصحيح واحد منهما ، لئلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح .

= الصورتين . وهما منطوق المصنف ويفسخ نكاح الثاني بلا طلاق .

وقيل : بطلاق ومفهومه أنه لو تلذذ بها غيرَ عالم بأنه ثان كانت له وهو كذلك (وفُسِخ) النكاحان معًا (بلا طلاق إن عُقِدا بزمن) واحد تحقيقًا أو شكًّا ، دخلا أو أحدهما أو لا (أو لبينة) شهدت على الثاني بإقراره (بعلمه) قبل الدخول (أنه ثان) فإنه يفسخ نكاحه بلا طلاق وترد للأول بعد الاستبراء (لا إن أقر) الثاني بعد الدخول بأنه دخل عالمًا بأنه ثان ، فيفسخ نكاحه بطلاق بائن لاحتمال كذبه وأنه دخل غير عالم ، ويلزمه جميع الصداق ولا تكون للأول (أو جهل الزمن) أي : جهل تقدم زمن عقد أحدهما على زمن عقد الآخر مع تحقق وقوعهما في زمنين ، فيفسخ النكاحان بطلاق إذا لم يدخلا ، أو دخلا ولم يعلم الأول ، وإلا كانت له . فإن دخل واحد فقط ، فهي له إن لم يعلم أنه ثان » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٨/٨٨ - ٩١) : « (وإن زوج اثنان ، ولم يعلم السابق ، فسخ النكاحان) هذا إحدى الروايتين ، وهو المذهب . جزم به : الخرقي ، وصاحب الوجيز ، والمنور وغيرهم . وقدمه في : الخلاصة ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع وغيرهم . واختاره أبو بكر في خلافه والمصنف في المغني . فعلى هذا يفسخه الحاكم على الصحيح من المذهب .

وقال القاضي أيضًا في المجرد وابن عقيل في الفصول : يفسخه كل واحد من الزوجين ، أو من جهة الحاكم . وهو صريح في أن للزوجين الفسخ بأنفسهما . قال ابن خطيب السلامية في نكته : فعلى هذا هل ينقص هذا الطلاق العدد لو تزوجها بعد ذلك ، ينبغي أن لا يكون كذلك ، لأنه لا يتيقن وقوع الطلاق به . وعنه : النكاح مفسوخ بنفسه ، فلا يحتاج إلى فاسخ . ذكره في النوادر . قال الإمام أحمد ﷺ في رواية ابن منصور : ما أرى لواحدٍ منهما نكاحًا . وقدمه في التبصرة . وقال ابن أبي موسى : يبطل النكاحان . وهو أظهر وأصح .

والرواية الثانية من أصل المسألة : يُقْرَع بينهما . اختاره : النجاد ، والقاضي في التعليق ، والشريف ، وأبو الخطاب ، والشيرازي . فعلى هذه الرواية : من قَرَع منهما جَدَّد نكاحه بإذنها . كما قاله المصنف هنا ، وهو الصحيح . قال الزركشي : قال أبو بكر أحمد بن سليمان النجاد : من خرجت له القرعة ، جَدَّد نكاحه . وعنه : هي للقارع من غير تجديد عقد . اختاره أبو بكر النجاد . ونقله ابن منصور » .

(مادة ١٣٧)

إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيُّ نَفْسَهُ مِنْ مُوَلِّيَتِهِ الْبَالِغَةِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهَا قَبْلَ الْعَقْدِ ، فَالنِّكَاحُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، وَلَوْ سَكَتَتْ حِينَ بَلَغَهَا النِّكَاحُ أَوْ أَفْصَحَتْ بِالرِّضَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٣/١٤٦ ، ١٤٧) : « (لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ، وللوكيل أن يزوج موكلته من نفسه) ؛ لأن الوكيل في النكاح معبر وسفير ، والتمانع في الحقوق دون التعبير ، ولا ترجع الحقوق إليه بخلاف البيع ؛ لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه . وروى البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم ابنة فارض : أتجعلين أمركِ إلي . قالت : نعم . قال : تزوجتُكِ . فعقده بلفظ واحد . وعن عقبة بن عامر « أنه عليه السلام قال لرجل : « أترضى أن أزوجكَ فلانةَ » . قال : نعم . وقال للمرأة : « أترضين أن أزوجكِ فلانًا » . قالت : نعم . فزوج أحدهما صاحبه . وكان ممن شهد الحديبية » . رواه أبو داود . فما في الغاية من أن قولهم : أنه سفير ومعبر . لم يسلم من النقض ، فإن الوكيل لو زوج موكلته على عبد نفسه ، يطالب بتسليمه سهو ، فإنه لم يلزمه بمجرد العقد ، وإنما لزمه بالتزامه ، حيث جعله مهرًا ، وأضاف العقد إليه .
والمراد ببنت العم الصغيرة ، فيكون ابن العم أصيلًا من جانب ووليًا من جانب . ولا يراد بها الكبيرة هنا ، لأنها لو وكلته فهو وكيل داخل في المسألة الثانية ، وإلا فهو فضولي سيأتي بطلانه إن لم يقبل عنها أحد ، ولو أجازته بعده . والمراد بالوكيل : الوكيل في أن يزوجها من نفسه ، لما في المحيط : لو وكلته بتزويجها من رجل ، فزوجها من نفسه لم يجز ، لأنها أمرته بالتزويج من رجل نكرة ، وهو معرفة بالخطاب ، والمعرفة لا تدخل تحت النكرة . وفي الولوالجية : لو قالت المرأة : زوج نفسي ممن شئتَ . لا يملك أن يزوجها من نفسه . فرّق بين هذا وبين ما إذا أوصى بثلث ماله ، فقال للموصى له : ضَعْ ثلث مالي حيث شئتَ . كان للموصى له أن يضع عند نفسه . والفرق : أن الزوج مجهول ، وجهالة الزوج تمنع صحة الشرط ، وصار كالمسكوت عنه بخلاف الوصية ؛ لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية ، فيعتبر التفويض مطلقًا .
فلو وكلته أن يتصرف في أمورها ، لا يملك تزويجها من نفسه بالأولى ، كما في الخانية . والوكالة كما تثبت بالصريح تثبت بالسكوت ، ولذا قال في الظهيرية : لو قال ابن العم الكبير : إني أريد أن أزوجكِ من نفسي . فسكتت ، فزوجها من نفسه جاز . ولم يقيدها بالبكر ، وقيدها بالبكر في غاية البيان وغيره . والظاهر أنه خاص بالولي كما سبق بيانه ، وأطلق في الوكالة به ، فأفاد أنه لا يشترط الإشهاد عندها للصحة ، وإنما لخوف الإنكار » .
قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤/٢٦٩ ، ٢٧٠) : « (ولا يزوج ابن العم) ونحوه كمعتق وعصبته (نفسه) وحينئذ فلا يتولى طرفي العقد (بل يزوجه ابن عم) له شقيق أو لأب (في درجته) بأن كان مساويًا له فيها . فإذا كان ابن العم شقيقًا وله ابنا عم أحدهما شقيق والآخر لأب ، زوجها منه الأول . هذا إن وجد (فإن فُقِد) من في درجته حِسًّا أو حكمًا ، كأن كان ابن عم شقيقًا ومعه آخر لأب (فالقاضي) أي : قاضي بلدها لا قاضي بلده ، يزوجه في الأصح بالولاية العامة ، ولا تنتقل الولاية للأبعد . ولو قالت لابن عمها أو لمعتقها : زوجني من نفسكَ . زوجه القاضي بهذا الإذن ، كما صوبه في الروضة خلافًا لما صوبه البُلْقِيني ، لا إن قالت : زوجني من شئتَ ، أو زوجني (فلو أراد القاضي نكاح من لا ولي لها) مختصًّا بها لنفسه أو =

٨٩٢ - وقد علمت من الفصل الثاني في نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين حكم ما إذا زوج الولي موليته لغيره ، سواء كان الولي أبًا أو جدًّا أو غيرهما ، والصور التي يكون العقد فيها صحيحًا نافذًا لازمًا ، والتي يكون فيها غير لازم ، والتي يكون العقد فيها غير صحيح .

٨٩٣ - وأما إذا زوج الولي موليته لنفسه ، فإن كانت لا تحل له ، فلا يصح العقد مطلقًا ، سواء أذنته أو لم تأذن . فإذا زوج الأخ أخته لنفسه ، فلا يصح هذا التزوج ؛ لأنها محرمة عليه .

٨٩٤ - وإن كانت المولية يحل تزوجها للولي ، كما إذا كان لرجل بنت عم وليس هناك من الأولياء من هو أقرب منه ، وزوجها لنفسه : فإما أن تكون البنت رشيدة ، أو غير رشيدة .

فإن كانت رشيدة - أي : بالغة عاقلة - : فإما أن تأذن له في تزويجها لنفسه ، أو لا تأذن . فإن أذنته ، صح العقد ؛ لأنه في هذه الحالة يكون أصيلًا من جهة نفسه ووكيلًا من جهتها ، ويصح للشخص أن يتولى طرفي العقد في هذه الصورة ، والإذن كما يثبت صريحًا يثبت دلالة ، فلو قال ابن العم لبنت عمه الكبيرة : إني أريد أن أزوجك من نفسي . فسكتت فزوجها من نفسه ، جاز لوجود الإذن دلالة ، وهو

= لموليه بقبوله له (زوجه من فوقه) كالسلطان أو من هو مثله (من الولاة) في بلده أو غيرها ، إن كانت الزوجة في عمل ذلك القاضي (أو خليفته) لأن حكمه نافذ عليه . وفيه وجه نُقِل عن ابن يحيى البلخي القاضي أنه يتولاه بنفسه ، وفعله حين كان قاضيًا بدمشق . قال السبكي : وهو من غرائبه » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٣/١٩٠ ، ١٩١) : « يجوز لابن العم والمعتق الأعلى والأسفل على ما فيه والحاكم ومن يزوج بولاية الإسلام أن يتولى طرفي عقد النكاح ، إن عَيَّنَ لها أن يزوجها من نفسه ، ويُشْهِد على رضاها ، احتياطًا من منازعتها . فإن لم يشهد على ذلك ، والمرأة مقرة ، فهو جائز . ولفظ ذلك أن يقول لها : قد تزوجتُكِ على صداقٍ كذا وكذا . وترضى به . وأتى بقوله : « وتولى الطرفين » . وإن كان مستفادًا مما قبله ، للرد على من يقول : ليس له تولي الطرفين ، أي : إيجابًا وقبولًا » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٥/٥٧ ، ٥٨) : « (وليس للوكيل) أن يتزوجها لنفسه كالوكيل في البيع يبيع لنفسه (ولا للولي) إذا أذنت له المرأة أن يزوجها وأطلقت (أن يتزوجها لنفسه) لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره . قطع به في الشرح والمبدع في آخر تولي طرفي العقد . وقال في الإنصاف : وأما من ولايته بالشرع كالولي والحاكم وأمينه ، فله أن يزوج نفسه ، ولو قلنا : ليس لهم أن يشتروا من المال . ذكره القاضي في خلافه ، وألحق الوصي بذلك قال في القواعد الفقهية والأصولية . وفيه نظر ، فإن الوصي يشبه الوكيل لتصرفه بالإذن . قال : وسواء في ذلك اليتيمة وغيرها . صرح به القاضي في ذلك ، وذلك حيث يكون لها إذن معتبر » .

السكوت ، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا . وإن لم تأذن له وزوجها لنفسه ، فلا يصح ، لأنه في هذه الحالة يكون أصيلًا من جهة نفسه فُضُوليًا من جهتها ، وليس للشخص أن يتولى طرفي العقد في هذه الحالة ، فيقع العقد فاسدًا . ولذلك لو رضيت بعد وقوعه قبل إذنها ولو كان رضاها صريحًا ، لم يصح ؛ لأن العقد متى وقع فاسدًا لا ينقلب صحيحًا بالإجازة ، وإنما الإجازة تؤثر بالنسبة للعقد الموقوف فيصير نافذًا بها . وهذا مذهب الإمام ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يكون العقد فاسدًا ، بل يتوقف على الإجازة .

٨٩٥ - فإن كانت البنت صغيرة ، وزوجها الولي الذي تحل له لنفسه ، صح العقد ، لأنه في هذه الحالة يكون أصيلًا من جهة نفسه وليًا من جهتها ، وللشخص في هذه الحالة أن يتولى طرفي العقد .

وحاصل المسائل التي يتولى الشخص فيها طرفي العقد - وهما : الإيجاب والقبول - بالقسمة العقلية عشرة :

٨٩٦ - واحد منها مستحيل : وهو الأصيل من الجانبين ؛ لأنه يستحيل أن يكون الشخص الواحد زوجًا وزوجة .

وخمسة نافذة باتفاق الإمام وصاحبيه ، وهي الآتية :

٨٩٧ - **الأولى** : أن يكون متولي الطرفين وكيلًا من الجانبين ، فإذا وكلت امرأة رجلًا في أن يزوجها لفلان ، ووكله فلان أيضًا في أن يزوجه هذه المرأة ، وتولى هذا الوكيل الإيجاب والقبول وحده بأن قال : زوجتُ موكلتي فلانة لموكلي فلان . صح .

٨٩٨ - **الثانية** : أن يكون وليًا من الجانبين ، فإذا كان لرجل بنت وله ابن أخ هو وليه ، وزوج بنته لابن أخيه ، صح العقد .

٨٩٩ - **الثالثة** : أن يكون أصيلًا من جانب ووليًا من جانب ، كما في مسألة ابن العم المتقدمة .

٩٠٠ - **الرابعة** : أن يكون أصيلًا من جانب ووكيلًا من جانب آخر ، فإذا وكلت امرأة رجلًا في أن يزوجها لنفسه ، وفعل ، صح العقد ، وهو في هذه الحالة أصيل من جانب نفسه وكيل من جانب الزوجة .

٩٠١ - **الخامسة** : أن يكون وليًا من جانب وكيلًا من جانب ، فإذا كان لرجل ابن صغير ووكلته امرأة في أن يزوجها لابنه ، وفعل ، صح العقد ، وهو في هذه الحالة ولي من جانب ابنه وكيل من جانب الزوجة .

٩٠٢ - وأربعة مختلف فيها ، فقال الإمام ومحمد : لا يتوقف العقد فيها على الإجازة ، بل يقع فاسدًا . وقال أبو يوسف : يتوقف على الإجازة . وهي الآتية :

٩٠٣ - **الأولى** : أن يكون متولي الطرفين فضوليًا من الجانبين ، يعني : لم تثبت له الولاية بوجه من الوجوه ، كما إذا قال شخص : زوجت فلانة من فلان . وهو ليس وليًا ولا وكيلًا لأحدهما ، فهو فضولي من جهتهما .

٩٠٤ - **الثانية** : أن يكون فضوليًا من جانب وكيلًا من جانب آخر ، كما إذا وكل رجل شخصًا في أن يزوجه فلانة ، فقال هذا الوكيل : زوجتُ فلانة من موكلي . وليست له الولاية عليها أصلًا ، فهو في هذه الحالة وكيل من جانب الزوج فُضُولي من جانب الزوجة .

٩٠٥ - **الثالثة** : أن يكون فضوليًا من جانب وليًا من جانب آخر ، فإذا كان لرجل ابن صغير وقال : زوجتُ فلانة لابني . بدون أن تكون له عليها ولاية شرعية ، فهو ولي من جانب الزوج فُضُولي من جانب الزوجة .

٩٠٦ - **الرابعة** : أن يكون أصيلًا من جانب فضوليًا من جانب آخر ، فإذا تزوج رجل امرأة ليست له الولاية عليها ، كان أصيلًا من جهة نفسه فُضُوليًا من جهتها . ومن هذه مسألة ابن العم إذا زوج بنت عمه الكبيرة لنفسه بدون إذنها قبل العقد ، فإنه أصيل من جهة نفسه فُضُولي من جهتها .

٩٠٧ - ففي هذه المسائل الأربع يقع العقد فاسدًا عندهما ، فلا تلحقه الإجازة. وعند أبي يوسف يكون موقوفًا على الإجازة .

٩٠٨ - واستدل أبو يوسف على قوله : بأن الواحد إذا كان مأمورًا من الجانبين ، نفذ . فإذا كان فضوليًا من الجانبين أو من جانب ، توقف على الإجازة ؛ لأن كلام الواحد عقد تامٌ في النكاح باعتبار الإذن ابتداء ، فكذا باعتبار الإجازة انتهاء ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

ولهما : أن الموجود شطر العقد ؛ لأنه شطر حال الحضور حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر ، وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ، ولو كان عقدًا تامًا لم يكن كذلك ، فكذا عند الغيبة يكون الموجود شطرًا ؛ لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة ، وهي لم تختلف ، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع ، بخلاف المأمور من الجانبين ؛ لأنه ينقل كلامه إلى المتعاقدين ، فيصير ككلامين .

٩٠٩ – وقال زفر : لا يجوز أن يتولى طرفي العقد واحد أصلًا . وكذا عند الإمام الشافعي ﷺ ، إلا إذا كانت هناك ضرورة عنده ، مثل الجد فإنه يزوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه ، لأنه لا يوجد أحد في درجته حتى يزوجهما ، بخلاف ابن العم إذا أراد أن يزوج بنت عمه من نفسه حيث لا يجوز ؛ لأنه لا ضرورة إليه ؛ إذ يمكن أن يزوجها ابن عمها غيره في درجته ، وكذلك الوكيل لا حاجة إليه . واستدلا : بأن الواحد لا يكون مملكًا ومتملكًا لشيء واحد في زمان واحد كما في البيع .

٩١٠ – ولنا : أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر .

أما وجه كونه معبرًا : فلأن عبارة العقد صدرت منه ، والواحد يصلح أن يكون معبرًا عن اثنين .

وأما وجه كونه سفيرًا : فباعتبار أن حقوق العقد ليست براجعة إليه ، بل إلى الموكل ، فلا يطالب بالمهر ولا بتسليم الزوجة ، وكل من هو كذلك لا يمنع أن يكون مملكًا ومتملكًا ، لأنه لا تمانع في التعبير بأن يقول : تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا . وإنما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والإيفاء والاستيفاء ، وهي لا ترجع إليه ؛ لأنه سفير لا مباشر ، بخلاف البيع لأنه مباشر ، ولذا ترجع الحقوق إليه ، فيطالب بتسليم الثمن والمبيع ، ويكون خصمًا في الرد بالعيب إلى غير ذلك من الأحكام .

٩١١ – وروى البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ : « أتجعلين أمركِ إليَّ ، قالت : نعم . قال : تزوجتك » [1] . فعقده بلفظ واحد .

٩١٢ – وعن عقبة بن عامر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل : « **أترضى أن أزوجك فلانة ؟** » قال : نعم . وقال للمرأة : « **أترضين أن أزوجك فلانًا ؟** » قالت : نعم . فزوج أحدهما صاحبه [2] .

٩١٣ – ثم في كل موضع يجوز للشخص فيه أن يتولى طرفي العقد – وهما : الإيجاب والقبول – يكفي فيه قوله : زوجتُ فلانة من فلان . لأنه يتضمن شطري العقد – وهما : الإيجاب والقبول – ، لأن الواحد لما قام مقام اثنين ، قامت عبارته الواحدة أيضًا مقام عبارتين ، فلا حاجة إلى القبول .

٩١٤ – وقول الإمام الأعظم هو المعول عليه .

---

(١) صحيح البخاري (كتاب : النكاح / باب : إذا كان الولي هو الخاطب / معلقًا) .
(٢) سنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات / ٢١١٧) .

الفصل الثاني

في النكاح الموقوف

(مادة ١٣٨)

إِذَا تَزَوَّجَ الصَّغِيرُ أَوِ الصَّغِيرَةُ الْمُمَيِّزَانِ غَيْرُ الْمَأْذُونَيْنِ أَوِ الْكَبِيرُ أَوِ الْكَبِيرَةُ الْمَعْتُوهَانِ بِدُونِ إِذْنِ وَلِيِّهِمَا ، تَوَقَّفَ نُفُوذُ الْعَقْدِ عَلَى إِجَازَتِهِ . فَإِنْ أَجَازَهُ وَكَانَ بِغَيْرِ غُبْنٍ فَاحِشٍ نَقْصًا فِي مَهْرِ الصَّغِيرَةِ وَزِيَادَةً فِي مَهْرِ الصَّغِيرِ ، نَفَذَ . وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ ، بَطَلَ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ بِغُبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمَهْرِ وَإِنْ أَجَازَهُ الْوَلِيُّ (١) .

* * *

٩١٥ - اعلم أن عقد الزواج كباقي العقود :

٩١٦ - تارة يكون صحيحًا نافذًا لازمًا ، كما إذا زوجت المكلفة نفسها بكفء وبمهر المثل ، أو زوج الأب بنته وهو معروف بحسن الاختيار ولو كان بغير كفء أو بأقل من مهر المثل .

٩١٧ - وتارة يكون صحيحًا نافذًا غير لازم ، كما إذا زوج غير الأب والجد من الأولياء موليته بكفء وبمهر المثل .

٩١٨ - وتارة يكون غير صحيح ، وهو الذي فقد شرطًا من شروط الصحة ، وقد عرفت كل هذه الأقسام مما تقدم .

٩١٩ - وتارة يكون صحيحًا غير نافذ ، وهو الموقوف ، فلا تترتب عليه الأحكام إلا إذا أجازه من له الإجازة ، وكان العقد قابلا لها .

٩٢٠ - ومن هذا القسم : ما إذا تزوج الصغير أو الصغيرة المميزان بدون إذنٍ من الولي قبل العقد ، فإنه يكون موقوفًا على إجازة الولي ؛ لأن الشارع أقامه لينظر في مصالحهما

---

(١) **قول المالكية** : جاء في شرح ميارة (١٦٤/١ ، ١٦٥) : « قال سحنون : قلت لابن القاسم : فإن تزوج الصغير بغير إذن أبيه فأجازه الأب ، أيجوز ، قال : نعم ، إذا كان على وجه النظر له ، وإن فرق الولي بينهما ، لم يكن على الصبي من الصداق شيء ، وإن كان مثله يقوى على الجماع . قال ابن أبي زمنين : والسفيه الكبير بمنزلة الصغير ، تزويج أبيه إياه جائز عليه ، رضي بذلك السفيه أو سَخِطَه ، وكذلك وصي أبيه وخليفة السلطان عليه الذي يوكله على النظر في ماله ، وهو من أصل قول مالك » .

لقصور الرأي عندهما ، فإذا رأى أن هذا العقد فيه منفعة لهما نَفَّذَه ، وإلا أبطله .

٩٢١ – وليس من المصلحة أن ينفذ الولي العقد الذي يكون فيه غبن فاحش بزيادة في المهر بالنسبة للصغير أو نقص فيه بالنسبة إلى الصغيرة .

٩٢٢ – فإذا تزوج صبي مميز امرأة بمائتي جنيه بغير إذن وليه ، وكان مهر مثلها مائة وخمسين جنيهًا ، فلا ينفذ هذا العقد ، وإن أجازه الولي ؛ لأنه ليس من المصلحة في شيء . ومثله الصغيرة المميزة لو تزوجت بأقل من مهر مثلها ، وكان الغبن فاحشًا ، فلو كان الغبن يسيرًا ، قَبِلَ العقدُ الإجازةَ . والغبن الفاحش : هو الذي لا يدخل تحت تقويم المقوِّمين . واليسير : هو الذي يدخل تحت التقويم .

٩٢٣ – ومثل الصغير المميز في كل الأحكام المتقدمة المعتوه والمعتوهة ، فإذا كان الصبي أو الصبية غير مميزين ، فلا يصح تزوجهما أصلًا ، ومثلهما المجنون والمجنونة .

(مادة ١٣٩)

إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيُّ الأَبْعَدُ الصَّغِيرَةَ مَعَ وُجُودِ الْوَلِيِّ الأَقْرَبِ الْمُتَوَفِّرَةِ فِيهِ شُرُوطِ الأَهْلِيَّةِ ، تَوَقَّفَ نَفَاذُ النِّكَاحُ عَلَى إِجَازَةِ الأَقْرَبِ ، فَإِنْ أَجَازَهُ نَفَذَ ، وَإِنْ نَقَضَهُ انْتَقَدَ وَبَطَلَ (١) .

* * *

٩٢٤ – ومن قسم الزواج الموقوف : ما إذا زوج الولي البعيد المولية مع وجود الولي القريب المتوفرة فيه شروط الأهلية ، فإذا كان لبنت أخوان أحدهما شقيق والآخر لأب ، فالولاية للأخ الشقيق . فإذا زوجها الأخ لأب ، كان هذا الزواج موقوفًا على إجازة الأخ

(١) **قول الحنفية** : جاء في رد المحتار (٣/٨١) : « فلو أحد الوليين أقرب من الآخر ، فلا ولاية للأبعد مع الأقرب » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٥/١٦) : « وإن كان الولي أقرب ممن دونه ، فزوج غير كفء بإذنها ، فليس لمن بقي من الأولياء الذي هو أولى منهم رَدُّهُ ، لأنه لا ولاية لهم معه » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٣/٢٨١) : « (و) صح النكاح (بـ) تولي ولي (أبعد مع) وجود ولي (أقرب) كعقد عم مع وجود أخ أو أب مع ابن أو أخ لأب مع أخ شقيق » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢١ ، ٢٢) : « إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه ، لم يصح . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : يصح ، لأن هذا ولي ، فصح له أن يزوجها بإذنها كالأقرب . ولنا : أن هذا مستحق بالتعصيب ، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث ، وبهذا فارق القريب البعيد » .

الشقيق ، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل .

٩٢٥ – فإن كان الأقرب غير متوفرة فيه شروط الأهلية ، كما إذا كان الأخ الشقيق صغيرًا أو مجنونًا مثلًا وزوج الأخ لأب ، نفذ بلا توقف على إجازة أحد ، لأنه هو الولي القريب في هذه الحالة .

(مادة ١٤٠)

إِذَا أَمَرَ الْمُوَكِّلُ الْوَكِيلَ بِتَزْوِيجِهِ امْرَأَةً غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ ، فَزَوَّجَهُ امْرَأَةً وَلَوْ بِهَا عَيْبٌ أَوْ عَاهَةٌ مِنَ الْعَاهَاتِ ، جَازَ عَلَيْهِ النِّكَاحُ ، وَلَيْسَ لَهُ رَدُّهُ (١).

فَإِنْ زَوَّجَهُ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ أَوْ مُوَلِّيَتَهُ الْقَاصِرَةَ ، فَلاَ يَلْزَمُهُ النِّكَاحُ ، إِلاَّ إِذَا أَجَازَهُ صَرَاحَةً أَوْ دِلاَلَةً (٢) .

وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً ، فَخَالَفَ أَمْرَهُ وَزَوَّجَهُ امْرَأَتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَلاَ يَلْزَمُهُ الْمَرْأَتَانِ وَلاَ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا ، إِلاَّ إِذَا أَجَازَهُمَا أَوْ أَجَازَ أَحَدَهُمَا . فَلَوْ زَوَّجَهُ إِيَّاهُمَا فِي عَقْدَيْنِ ، لَزِمَهُ الأَوَّلُ ، وَتَوَقَّفَ الثَّانِي عَلَى إِجَازَتِهِ (٣) .

* * *

٩٢٦ – ومن قسم الموقوف : عقد الوكيل ، ولكن لا على الإطلاق بل في بعض

---

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢٢/٢) : « إذا وَكَّلَه أن يزوجه امرأة فزوجه عمياء أو شوهاء لها لعاب سائل وشق مائل وعقل زائل ، جاز عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (١٩/٢) : « رجلٌ وَكَّل رجلًا أن يزوجه امرأة ، فزوجه الوكيل ابنته . إن كانت صغيرة ، لم يَجُزْ إجماعًا . وإن كانت بالغة ، جاز عندهما ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز . وعلى هذا إذا زوجه بمن لا تقبل شهادته لها بولاد كالبنت والأم وبنت الابن ، وأما الأخت وبنت الأخت فيجوز اتفاقًا » .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٩٦/١) : « أمر رجلًا أن يزوجه امرأة ، فزوجه امرأتين في عقدة ، لا يلزمه واحدة منهما ، وهو الصحيح ، هكذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان . فإن أجاز نكاحهما أو نكاح إحداهما ، نفذ ، كذا في البحر الرائق .

ولو زوجه في عقدتين ، لزمه الأولى ، ونكاح الثانية موقوف على الإجازة ، كذا في العيني شرح الهداية .

ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها ، فزوجه تلك وأخرى معها ، لزمته تلك .

ولو وكله أن يزوجه امرأتين في عقدة ، فزوجه واحدة ، جاز .

وكذا إذا وكله أن يزوجه هاتين المرأتين في عقدة ، فزوجه إحداهما ، وتفريق العقدة ليس بخلاف » .

الصور كما ستعرفه من التفصيل الآتي . وبيان ذلك :

أن الموكل في الزواج : إما أن يكون الرجل أو المرأة . فإن كان الرجل : فإما أن يكون التوكيل بتزويج امرأة غير معينة ، وإما أن يكون بتزويج امرأة معينة .

فإن كان الأول ، كما إذا قال رجل لآخر : وكلتك في أن تزوجني امرأة . فقال أبو حنيفة : إذا زوجه الوكيل في هذه الحالة امرأة ، ولو كانت غير حرة ، بأن كانت مملوكة لغيره أو حرة بها عاهة من العاهات كأن تكون عمياء أو مقطوعة اليد أو الرجل أو معتوهة أو مجنونة ، لزمه النكاح ، فليس للموكل رده ، لأن لفظ امرأة مطلق فيتناول كل امرأة ولو كانت غير حرة أو بها عاهة من العاهات . ولهذا لو حلف لا يتزوج ، فتزوج أمة أو حرة بها عاهة حنث .

٩٢٧ - وقال الصاحبان : لا يجوز للوكيل أن يزوجه إلا الأَكْفَاء ، لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالأَكْفَاء ، والكفاءة وإن لم تكن معتبرة من جهة النساء ، إلا أنها مستحسنة في الوكالة . والظاهر قول الصاحبين .

٩٢٨ - واتفقوا على أن الوكيل لو كان متهمًا في العقد ، لم ينفذ على الموكل إلا إذا أجازه ، فإذا زوجه أمته أو بنته الصغيرة أو موليته القاصرة ، كان العقد موقوفًا على إجازته تصريحًا أو دلالة ؛ لأنه متهم في هذه العقود . ومثله ما إذا كان الوكيل امرأة ، فزوجت نفسها للموكل ، يوقف على الإجازة لما ذُكِر ، إلا إذا صرح له الموكل بذلك ، فإن العقد يكون نافذًا بالاتفاق .

٩٢٩ - فإن زوجه امرأتين ، والموضوع أنه مأمور بتزويجه امرأة : فإما أن يكون التزويج في عقد واحد ، أو في عقدين .

فإن كان الأول فلا تلزمه المرأتان ولا واحدة منهما ، لأنه فُضُولي فيهما لمخالفته أمر الموكل ، فلا وجه لتنفيذ نكاحهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ في إحداهما غير معينة للجهالة ولعدم الفائدة ، إذ لا يفيد حل الوطء ؛ لأن الوطء لا يقع إلا في معينة والمنكرة ضدها ، ولا وجه إلى التعيين أيضًا ، لئلَّا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ، فانتفى الملزوم ، فيكون العقد موقوفًا على إجازته ، فإن شاء أجاز نكاحهما أو أيتهما شاء .

وإن كان الثاني ، وهو ما إذا زوجهما له في عقدين ، لزمه الأول بحكم الوكالة ، وتوقف الثاني على إجازته ؛ لأن الوكالة انتهت بالعقد الأول ، فيكون فُضُوليًا بالنسبة للعقد الثاني ، فيتوقف على الإجازة .

(مادة ١٤١)

إِذَا أَمَرَ الْمُوَكِّلُ وَكِيلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً مُعَيَّنَةً ، فَخَالَفَ وَزَوَّجَهُ غَيْرَهَا ، فَلاَ يَلْزَمُهُ النِّكَاحُ (١) .

وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً ، وَعَيَّنَ لَهُ مِقْدَارَ الْمَهْرِ ، فَزَوَّجَهُ بِأَكْثَرَ مِمَّا عَيَّنَهُ ، فَلاَ يَنْفُذُ عَلَيْهِ النِّكَاحُ أَيْضًا مَا لَمْ يُنْفِذْهُ ، وَلاَ يَسْقُطُ خِيَارُهُ بِدُخُولِهِ بِالْمَرْأَةِ غَيْرَ عَالِمٍ بِالزِّيَادَةِ الَّتِي زَادَهَا عَلَيْهِ الْوَكِيلُ فِي الْمَهْرِ . وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُلْزِمَهُ بِالنِّكَاحِ ، وَلَوِ الْتَزَمَ بِدَفْعِ الزِّيَادَةِ مِنْ مَالِهِ (٢) .

* * *

(١) **قول الشافعية** : جاء في الأم (٨/ ٢١٠) : « ولو أمره أن يشتري له جارية فاشترى غيرها ، أو أمره أن يزوجه جارية فزوجه غيرها ، بطل النكاح ، وكان الشراء للمشتري لا للآمر » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٣/ ٤٨٨) : « (وإن وكله أن يتزوج له امرأة فتزوج) الوكيل (له غيرها) لم يصح العقد للمخالفة » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٥/ ٢١) : « وإن أمره أن يزوجه امرأة بعينها على مهر قد سماه ، فزوجها إياه ، وزاد عليه في المهر . فإن شاء الزوج أجازه ، وإن شاء رده ؛ لأنه أتى بخلاف ما أمر به ، فكان مبتدئًا ، فيتوقف عقده على إجازته .

وإن لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها ، فهو بالخيار أيضًا ، لأن دخوله بها كان باعتبار أنه امتثل الوكيل أمره ، فلا يصير به راضيًا بما خالف فيه الوكيل ، فإن الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به ، فكان على خياره إن شاء أقام معها بالمهر المسمى ، وإن شاء فارقها وكان لها الأقل من المسمى ومن مهر مثلها ؛ لأن الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد ، فيسقط به الحد للشبهة ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ؛ لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة .

فإن كان الرسول ضمن لها المهر ولم يدخل بها الزوج وأخبرهم أنه أمره بذلك ، ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر ، فعلى الرسول نصف المسمى لإقراره على نفسه أنه أمره به ؛ وهذا لأن إنكار الزوج الأمر بالزيادة بمنزلة إنكاره الأمر أصلًا .

فإن قال الرسول : أنا أغرم المهر ، وألزمك النكاح . لم يكن له ذلك ، إلا أن يشاء الزوج ، لأنه فيما باشر من العقد غير ممتثل أمره ، فكان بمنزلة الفضولي ، والفضولي لا يملك أن يلزم عليه حكم العقد إلا برضاه ، وهذا لأنه وإن تبرع بأداء الزيادة فلا بد من أن يجب على الزوج أولًا ؛ لأن المسمى في العقد صداق ، والصداق مطلقًا يجب على الزوج ، وقد تعذر إلزام الزوج بذلك وانعدم منها الرضا بدونه » .

قول الشافعية : جاء في فتاوى الرملي (٣/ ١٩٣) : « (سئل) عن وكيل الزوج في النكاح إذا زاد على مسماه أو على مهر المثل عند إطلاق الإذن هل يصح النكاح أم لا ؟

(فأجاب) بأنه يصح النكاح في الصورتين على الراجح بمهر المثل » .

= قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٣/٢٦٩ - ٢٧٢) : « وإن أمره بألف عينها أو لا ، فزوجه بألفين . فإن دخل ، فعلى الزوج ألف ، وغرم الوكيل ألفًا إن تعدى بإقرار أو بينة يعني أن الزوج إذا قال : لرجل زوجني بألف . أو قال : زوجني فلانة بألف . فزوجه بألفين . فإن علما وعلم الآمر قبل الدخول ، فسيأتي . وإن لم يعلم بذلك إلا بعد الدخول ، فإنه لا يلزم الزوج سوى الألف . وأما الوكيل فلا يخلو إما : أن يثبت تعديه ، أو لا . فإن لم يثبت ، فسيأتي . وإن ثبت تعديه بإقراره أو بينة حضرت توكيل الزوج له بالألف ، فإنه يغرم للزوجة الألف الثانية المتعدى فيها ؛ لأن الغرور الفعلي يوجب الغُرْم على المشهور .

وإلا فَتُحَلَّفُ هي إن حلف الزوج وهو الوكيل ، وفاعله الزوجة . وهذا مفرع على مفهوم إن تعدى بإقرار أو بينة . وإن لم يثبت تعدي الوكيل ، والموضوع بحاله من أنه بعد البناء ، وأن العقد وقع على ألفين والوكيل يقول : وَكَّلني الزوج على ذلك ، وفعلت كما أمرني . والزوج يقول : إنما أمرته بألف فقط . فَتُحَلِّفُ الزوجةُ الزوج أولًا : ما أمر إلا بألف ، وأنه ما علم بما زاد الوكيل إلا بعد البناء . زاد بعضٌ : وأنه ما رضي بذلك بعد أن علم به . ثم يحلف الوكيل : أنه أمره بألفين ، وضاعت عليها الألف الثانية . فإن نكل الزوج ، حلفت هي إن لم تكن لها بينة بأن أصل النكاح كان بألفين ، وغرم لها الألف الثانية .

وفي تحليف الزوج له إن نكل وغرم الألف الثانية قولان أي : وهل للزوج أن يُحَلِّفَ الوكيل إذا نَكَل وغَرِم الألف الثانية ، وهو قول أصبغ قال : فإن نكل ، غَرِم الألف للزوج . أو ليس له ذلك وهو قول محمد. وسبب الخلاف : هل تكون يمين الزوج على تصحيح قوله فقط ، أو عليه وعلى إبطال قول الرسول ، فعلى الأول : لو نكل عن اليمين ، فإنه يُعَدُّ مُقِرًا ، ولا يكون له تحليف الرسول . وعلى الثاني : له تحليف الرسول . قالوا : ويلتفت في هذا أيضًا إلى النكول ، هل هو كالإقرار فلا يكون له أن يحلفه ، أو ليس كالإقرار فيحلفه ، وإن لم يدخل ورضي أحدهما ، لزم الآخر هذا مفهوم قوله : « إن دخل » . أي : وإن لم يحصل دخول ، ولم يعلم واحد منهما بالتعدي قبل العقد ورضي الزوج بالألفين ، لزم الزوجة . أو رضيت هي بألف ، لزم الزوج . وإن لم يَرْضَ كلُّ واحدٍ منهما بقول الآخر ، فُسِخ النكاح بطلاق . وظاهر قوله : « لزم الآخر » . سواء ثبت تعدي الوكيل بإقرار أو بينة أم لا ، وهو ظاهر كلامهم ، لأن الموضوع قبل البناء .

لا إن التزم الوكيل الألف أي : وإن لم يدخل ، لزم النكاح إن رضي أحدهما بما قال الآخر ، لا إن التزم الوكيل الألف الثانية ، فلا يلزم الزوج ، لِمِنَّةِ الوكيل على الزوج ، والضرر عليه بزيادة النفقة ، لأن نفقة من صداقها كثير أكثر ممن صداقها قليل إلا النادر من النساء ، وهذا هو الفرق بين ما هنا وبين الوكيل بالبيع إذا التزم الزيادة يلزم الموكل .

ولكلٍّ تحليفُ الآخر فيما يفيد إقراره إن لم تقم بينة هذا مفهوم قوله : « رضي » . أي : وإن لم يَرْضَ أحدهما بما ادَّعَى الآخرُ ، والحال أنه لم يحصل دخول ، ولم تقم لأحدهما بما ادعاه بينة ، أي : لم تقم بينة له أنه وَكَّل بألف فقط ، ولا لها أن عقدها وقع على ألفين ، أو قامت بينة لها ولم تقم بينة للزوج ، أو قامت بينة له ولم تقم لها بينة . ففي هذه الصور الثلاث لكل واحد من الزوجين أن يُحَلِّفَ صاحبه . فإن قامت لها فقط ، فلها أن تحلف الزوج أنه ما أمر إلا بألف فقط . فإن نكل ، لزمه النكاح بألفين . وإن حلف ، قيل للمرأة : إما أن ترضي بالألف ، وإلا فُسِخ النكاح بينكما بطلقة بائنة . وإن قامت بينة للزوج فقط ، فله تحليفها أنها ما رَضِيَتْ =

٩٣٠ - وإن كانت المرأة التي وكله في تزويجها له معينة : فإما أن يعين له المهر أيضًا ، أو لا يعينه .

٩٣١ - فإن لم يعين له المهر ، وزوجها له بغبن يسير فيه ، لزم العقد الموكل إجماعًا . وإن كان بغبن فاحش ، لزمه أيضًا عند الإمام للإطلاق . وقال الصاحبان : لا يلزمه إلا إذا أجازه ؛ لأن المطلق يتقيد بالعرف ، والعرف تزوج المرأة بمهر مثلها أو بغبن يسير لا فاحش . وهو الظاهر .

٩٣٢ - وإن عين المهر فزوجها له بالمهر المعين ، لزمه العقد للموافقة. وكذا إذا زوجها له بمهر أقل من المعين ، لأن المخالفة هنا نافعة للموكل ، فليس له أن يحتج بها .

٩٣٣ - وأما إذا زوجه إياها بأكثر مما عينه ، كان العقد موقوفًا على إجازة الموكل للمخالفة . فإن علم الموكل بالزيادة قبل الدخول ، ورضيها قولًا أو فعلًا ، لزمته .

= بألف . فإن نكلت ، لزمها النكاح بألف . وإن حلفت ، قيل للزوج : إما أن ترضى بالألفين ، وإلا فُرّقَ بينكما بطلقة بائنة . لكن إن لم تقم بينة لهما وهي أولى الصور الآتية في قوله : « وإلا فكالاختلاف في الصداق » . لكن أفاد هنا أن اليمين عليهما ، وفيما يأتي من المبدأ باليمين . وأما إن قامت بينة لكل منهما ، فلا يمين عليهما ، وليس إلا الرضا أو الفسخ ، وهي رابعة الصور .

ولا تُرَدُّ إن اتُّهِمَهُ ، أي : ولا ترد اليمين التي توجهت على أحدهما ، بل يلزمه النكاح بما قال الآخر بمجرد نكوله إن اتهمه ، بأن توجهت للزوجة على الزوج أنه ما أمر إلا بألف ، فنكل لزمه النكاح بألفين . أو على الزوجة إن عقد نكاحها بألفين ، فنكلت لزمها النكاح بألف . والنكول هنا كالإقرار . أما لو حقق الدعوى على صاحبه ، كأن قالت : أنا أتحقق أنكَ أمرتَ أو علمتَ قبل العقد بألفين . أو قال هو : أنا أتحقق أنكِ رضيتِ أو علمتِ قبل العقد بألف . فإذا نكل عن اليمين ، رَدَّتْ على صاحبه ، ولا يُلْزِمُه الحاكم بمجرد نكوله .

ورُجِّح بداءة حلف الزوج : ما أمره إلا بألف . ثم للمرأة الفسخ إن قامت بينة على التزويج بألفين أي : ورجح ابن يونس بداءة حلف الزوج على تخيير المرأة بين الفسخ أو الرضا بما حلف عليه ، إن قام للزوجة بينة على التزويج بألفين . وصفة يمينه : ما أمر وكيله إلا بألف .

وإلا فكالاختلاف في الصداق أي : وإن لم تقم لها بينة على التزويج بألفين ، بل عدمت لها كما عدمت له على التوكيل بألف وهي أولى الصور المتقدمة ، فالحكم حينئذ كاختلاف الزوجين في قدر الصداق قبل البناء ، فتبدأ الزوجة باليمين ، لأنها بائعة ، فتحلف أن : صداقها بألفين . ثم يقال للزوج : إما أن ترضى بألفين ، أو تحلف : إنما أمرتَ الوكيل بألف . ويفسخ النكاح إلا أن ترضى المرأة بألف . ومن نكل ، لزمه قول الآخر ، ونكولهما كحلفهما . ويتوقف الفسخ على الحكم ، ويقع ظاهرًا وباطنًا .

وإن علمت بالتعدي ، فألف ، وبالعكس ألفان وأما لو علم أحدهما أو كلٌّ بالتعدي ، فهو المشار إليه هنا . والمعنى : أن المرأة إذا علمت قبل العقد أو بعده ، ومكنت من نفسها حتى وُطِئت بالتعدي من الوكيل ، فالواجب لها ألف فقط . وإن علم الزوج بالتعدي قبل العقد أو بعده ، واستوفى البُضْع ، فالواجب عليه ألفان » .

٩٣٤ - فإن دخل بها غير عالم بالزيادة ، فلا يسقط خياره ، بل له أن ينفذه وله أن يرده ، فإن أجازه لزمه المسمى فقط ، وإن رده بطل النكاح ، فيجب مهر المثل إن كان أقل من المسمى ، وإلا يجب المسمى .

٩٣٥ - وإن لم يرض الزوج بالزيادة ، وقال الوكيل : أنا أغرم الزيادة ، وأُلْزِمُكَ بالنكاح . لم يكن له ذلك ، لأن صاحب المروءة يأبى أن يتحمل منه الغير عليه ، إذ يعير بذلك ، فلا يُلْزَم به [1] .

(مادة ١٤٢)

إِذَا أَمَرَتِ الْمَرْأَةُ وَكِيلَهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا ، وَلَمْ تُعَيِّنْ أَحَدًا ، فَزَوَّجَهَا مِن نَفْسِهِ أَوْ مِن أَبِيهِ أَوْ مِن ابْنِهِ ، فَلاَ يَجُوزُ عَلَيْهَا النِّكَاحُ ، وَلَهَا رَدُّهُ .

فَإِنْ زَوَّجَهَا بِأَجْنَبِيٍّ مِنْهُ وَبِغُبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمَهْرِ ، فَلَهَا وَلِوَلِيِّهَا فَسْخُ النِّكَاحِ إِذَا لَمْ يُتِمَّ الزَّوْجُ لَهَا مَهْرَ الْمِثْلِ .

وَإِنْ زَوَّجَهَا بِغَيْرِ كُفْءٍ ، لَمْ يَجُزِ النِّكَاحُ أَصْلاً .

وَلَوْ زَوَّجَهَا بِكُفْءٍ وَبِمَهْرِ الْمِثْلِ ، لَزِمَهَا النِّكَاحُ ، وَلَوْ كَانَ بِالزَّوْجِ عَيْبٌ أَوْ مَرَضٌ [2].

* * *

٩٣٦ - وإن كانت الموكلة هي المرأة : فإما أن توكله بمعين ، أو بغير معين .

٩٣٧ - فإن كان الأول ، فلا ينفذ العقد عليها إلا إذا وافقها في كل ما أمرته به ، سواء كان من جهة الزوج أو المهر . فإذا أمرته بأن يزوجها من فلان بمائة وخمسين جنيهًا مثلًا ، فزوجها له بهذا المبلغ ، لزم النكاح بالنسبة لها ، وليس لها نقضه .

٩٣٨ - وأما بالنسبة للولي ، فإن كان الزوج كفأً والمهر مهر المثل ، لزم بالنسبة له أيضًا . وإن كان الزوج غير كفأ ، فلا يصح الزواج ، لأنها لو تولت هي العقد في هذه الحالة لم يصح ، فكذا إذا تولاه الوكيل ؛ لأنه قائم مقامها ؛ لأن الكفاءة ليست حقها وحدها ، بل حقها وحق وليها ، فإذا أسقطت حقها ، بقي حق الولي .

---

(١) جاء في **قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٨) : ١ - يجوز التوكيل في عقد النكاح .
٢ - ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة .

(٢) ينظر تعليقاتنا على المواد (٦٢ : ٦٩) .

٩٣٩ - وأما إذا كان الزوج كفأً ، ولكن المبلغ الذي عينته أقل من مهر المثل ، فللولي حق الاعتراض أيضًا حتى يتم مهر المثل ، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد ، فإن الولي يعير بذلك . ومحل هذا : إذا كان الولي عصبة ، فإن كان غير عصبة أو لم يكن لها ولي أصلًا ، فالعقد نافذ لازم .

٩٤٠ - فإن زوجها لغير المعين ، أو له ولكن بأقل من المبلغ الذي عينته له، توقف نفاذه على إجازتها .

٩٤١ - ويدخل في المعين : ما إذا وكلته في أن يزوجها لنفسه ، فإنه يصح ، ويتولى طرفي العقد في هذه الحالة ، لأنه يكون أصيلًا من جهة نفسه وكيلًا من جهة الزوجة ، وهذه من المسائل المتفق على جوازها من الإمام وصاحبيه ، وإن كان زفر والشافعي يقولان بعدم الصحة كما تقدم لك مستوفًى في شرح مادة (١٣٧) .

٩٤٢ - واختلف العلماء في كيفية تزويجها للوكيل من نفسه ، فقال الخصاف : لا يشترط معرفتها ولا ذكر اسمها ونسبها للشهود ، حتى لو قال : تزوجتُ المرأة التي جعلت أمرها إليَّ على صداق كذا عندهم . صح ، والمختار في المذهب خلافه ، وإن كان الخصاف كبيرًا في العلم يقتدى به فحينئذ لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها وجدها إن كانت غائبة ؛ لأن الغائبة لا تعرف إلا بالنسبة ، ألا ترى أنه لو قال : تزوجتُ امرأة وكلتني بالنكاح ، لم يجز . فإن كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود ، فقال : اشهدوا أني تزوجت هذه المرأة التي وكلتني بتزويج نفسها . جاز على المختار ؛ لأن الحاضرة تُعْرَف بالإشارة ، فإذا أراد الاحتياط ، يكشف وجهها حتى يعرفها الشهود ، أو يذكر اسمها واسم أبيها واسم جدها حتى يكون العقد متفقًا عليه ، فيقع الأمن من أن يُرْفَع الأمر إلى قاضٍ يرى قول من لا يُجَوِّزُه ، فيبطل النكاح .

٩٤٣ - وهذا كله إذا كان الشهود لا يعرفون المرأة . أما إذا كانوا يعرفونها وهي غائبة ، فذكر اسمها لا غير ، جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد به المرأة التي عرفوها ؛ لأن المقصود بالنسبة التعريف ، وقد حصل باسمها .

٩٤٤ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا أمرته بتزويجها بغير معين ، كما إذا قالت له : وكلتك في أن تزوجني رجلًا . فزوجها من نفسه ، لم يجز ، لأنها أمرته بالتزويج من رجل نكرة ، وهو معرفة بالخطاب ، والمعرفة لا تدخل تحت النكرة .

٩٤٥ - ومثل هذا ما إذا قالت له : زوجني ممن شئت .

٩٤٦ - ولو وكلته في أن يتصرف في أمورها ، لم يملك تزويجها من نفسه أيضًا . وكما لا يجوز له أن يزوجها من نفسه في هذه الحالة ، لا يجوز له أن يزوجها لأبيه ولا لابنه للتهمة ، فإن حصل ذلك ، توقف نفاذ العقد على إجازتها .

٩٤٧ - فإن زوجها بغير من ذُكِر - أي : بأجنبي - : فإما أن يكون الزوج كفأً والمهر مهر المثل ، أو يكون كفأً والمهر أقل من مهر المثل ، أو يكون غير كفء سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساويًا له أو أكثر .

٩٤٨ - فإن كان الأول ، لزم النكاح ، فليس لها ولا لوليها رده ، ولو كان الزوج أعمى أو مُقْعَدًا أو صبيًّا أو معتوهًا ، وكذا لو كان عنينًا أو خصيًّا . وإن كان لها طلب التفريق بعد ذلك . ويظهر أن الخلاف الجاري بين الإمام وصاحبيه فيما إذا زوج الوكيل الموكل امرأة بها عيب أو عاهة ، يأتي هنا أيضًا ، وإن لم ينص عليه أحد ، لعدم الفرق .

٩٤٩ - وإن كان الثاني ، وكان الغبن فاحشًا ، فلا ينفذ العقد، بل يكون موقوفًا على إجازتها وإجازة وليها ، لأن كلاًّ منهما له حق في ذلك إذا لم يُتِمَّ الزوج مهر المثل . فإن أتمه ، نفذ لزوال السبب في توقف العقد .

٩٥٠ - وإن كان الثالث وهو ما إذا كان الزوج غير كفء مطلقًا ، وقع العقد فاسدًا ، فلا تلحقه الإجازة ، لأن الإجازة لا تلحق الفاسد بل الموقوف .

(مادة ١٤٣)

إِذَا غَرَّ الزَّوْجُ الْمَرْأَةَ بِانْتِسَابِهِ لَهَا نَسَبًا غَيْرَ نَسَبِهِ الْحَقِيقِيِّ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهَا بَعْدَ الْعَقْدِ بِإِطْلَاعِ الْوَلِيِّ أَنَّهُ دُونَهَا فِي الْكَفَاءَةِ ، فَلَهَا وَلِوَلِيِّهَا حَقُّ الْخِيَارِ فِي إِجَازَةِ النِّكَاحِ وَنَقْضِهِ [1] .

* * *

٩٥١ - ومن قسم الموقوف أيضًا : ما إذا غَرَّ الزوجُ المرأةَ ، بأن انتسب لها بغير نسبه الحقيقي ، فتزوجته بناء على ذلك ، ثم ظهر أن نسبه غير المنتسب به ، وأنه ليس كفأً لها ، فلها ولوليها الحق في إجازة النكاح أو نقضه ، للتغرير الحاصل من جهته .

٩٥٢ - فإذا لم يحصل تغرير ، بأن زوجت نفسها منه ، أو زوجها الولي، وكلٌّ يظن أنه كفء ، ثم تبين بعد ذلك أنه غير كفء ، فليس لواحد منهما نقض هذا العقد ، لأن

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٦٩) .

التقصير ما حصل إلا من جهتهما ؛ إذ كان اللازم عليهما البحث قبل العقد .

٩٥٣ – وقد تقدم لك الخلاف فيما لو ظهر أن الزوج أعلى نسبًا مما انتسب به أو مثله في شرح المادة التاسعة والستين [١] .

(مادة ١٤٤)

الْفُضُولِيُّ الَّذِي يُوجِبُ النِّكَاحَ أَوْ يَقْبَلُهُ بِلا تَوْكِيلٍ وَلا وِلايَةٍ ، يَنْعَقِدُ نِكَاحُهُ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَةِ مَنْ لَهُ الإِجَازَةُ ، فَإِنْ أَجَازَهُ نَفَذَ ، وَإِنْ أَبْطَلَهُ بَطَلَ [٢] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة ٩ : إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان كالفضولي موقوفًا عقده على الإجازة .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في العناية (٣/٣٠٨) : « قال (لو زوج رجل امرأة بغير رضاها ، أو رجلًا بغير رضاه) كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز ، انعقد موقوفا على الإجازة . وقال الشافعي : تصرفات الفضولي كلها باطلة ؛ لأن العقد وُضِع لحكمه ، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم ، فيلغو . ولنا : أن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله ، ولا ضرر في انعقاده ، فينعقد موقوفًا ، حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه ، وقد يتراخى حكم العقد عن العقد » .

قول الشافعية : جاء في الموسوعة الفقهية (٣٢/١٧٤) : « إنكاح الفضولي باطل لا تؤثر فيه إجازة الولي » .

قول المالكية : جاء في الموسوعة الفقهية (٣٢/١٧٥) : « يرون التفريق بين كون الولي مجبِرًا وبين كونه غير مجبِر . فإن كان الولي مجبرًا ، لم يجز النكاح الواقع من الفضولي ، ولو أجازه الولي .

أما إذا لم يكن له الإجبار : فإما أن تكون المزوجة ذات قدر ، أو دنيئة :

فإن كانت ذات قدر ، فقال مالك : ما فسخه بالبين ، ولكنه أحب إلي . وقال ابن القاسم : له إجازة ذلك ورده ، ما لم يَبْنِ بها الزوج . وقال بعض فقهاء المالكية : إن دخل بها الزوج ، وطال مكثه معها بمضي ثلاث سنين أو ولادة ولدين فأكثر ، لم يفسخ النكاح ، وإلا كان الولي مخيرًا بين الفسخ والإمضاء.

وإن كانت دنيئة ، فعندهم في إنكاحه قولان ، أحدهما : أن النكاح ماضٍ مطلقًا ، وهو المشهور في المذهب . والثاني : أنها كذات القدر الشريفة » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٨/٦٧ ، ٦٨) : « لو زُوِّجت بغير إذن وليها ، فهو نكاح الفضولي ، وفيه طريقان :

أحدهما : أن الصحيح من المذهب البطلان . وهذه طريقة القاضي والأكثرين. وهي الصحيحة من المذهب .

والطريق الثاني : القطع ببطلانه . وهي طريقة أبي بكر وابن أبي موسى . ونص الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ على التفريق بين البيع والنكاح في رواية ابن القاسم . فعلى القول بفساد النكاح – وهو المذهب – لا يحل الوطء فيه ، وعليه فراقها . فإن أبى ، فسخه الحاكم . فإن وطئ ، فلا حد عليه على الصحيح من المذهب » .

٩٥٤ - ومن الزواج الموقوف : عقد الفُضُولي مع غيره . والفُضُولي : هو الذي يتصرف في شئون غيره بلا ولاية شرعية .

٩٥٥ - فإذا قال الفُضُولي : اشهدوا أني زوجتُ فلانة لفلان . وقَبِل عنه فُضُولي آخر ، أو قال الرجل : تزوجتُ فلانة . وهي غائبة ، فأجابه فُضُولي وقال : زوجتها منك . أو قالت المرأة : زوجت نفسي من فلان الغائب . وقبل عن فلان فضولي ، أو قال رجل لآخر : زوجت فلانة لك . فقبل وليست له عليها ولاية ، أو قال رجل لامرأة : زوجتكِ لفلان . فقبلت وليس له عليه ولاية ، توقف العقد على الإجازة .

٩٥٦ - والأصل في هذا أن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز - أي : قابل يقبل الإيجاب - سواء كان فضوليًا آخر أو وكيلًا أو أصيلًا أو وليًا ، انعقد موقوفًا على الإجازة . وكل عقد ليس له قابل يقبل الإيجاب وقت العقد ، يقع باطلًا .

٩٥٧ - وقال الشافعي رحمه اللَّه تعالى : تصرفات الفضولي كلها باطلة ؛ لأن العقد وضع لحكمه ، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم ، وإلا لجاز للناس تمليك أموال الناس للناس ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ، وإذا لم يكن قادرًا كان كلامه لغوًا .

٩٥٨ - ولنا : أن ركن التصرف - وهو قوله : زوجتُ ، وتزوجتُ - صدر من أهله وهو الحر العاقل البالغ مضافًا إلى محله وهو الأنثى من بنات آدم عليه السلام ، وليست من المحرمات ، ولا ضرر في انعقاده موقوفًا على الإجازة ، لكونه غير لازم ، فينعقد موقوفًا . فإن رأى فيه مصلحة نفذه ، وإلا أبطله .

٩٥٩ - ولا يلزم أن يأتي حكم العقد عقبه فورًا ، بل قد يتراخى عنه كما في البيع بشرط الخيار ، فإن لزومه متأخر إلى سقوط الخيار ، فكذا هنا ؛ لأن الحكم لم ينعدم ، بل تأخر إلى الإجازة ، فأفاد الحكم متأخرًا ، فيصح موقوفًا [1] .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : دعوى إثبات الزوجية :
إذا ادعى رجل ارتباطه بالزواج بامرأة أو العكس وأنكر المدعى عليه ذلك، فيمكن للمدعي تقديم دعوى بإثبات الزوجية إلى المحكمة الابتدائية المختصة.
ترفع الدعوى - بواسطة محام - بمقال مكتوب أو بتصريح شفوي لدى كتابة الضبط.
يتضمن المقال ما يلي :
الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما ، وبيان الأسباب التي حالت دون كتابة عقد الزواج في إبانه .
وتؤدى عن المقال الرسوم القضائية، ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر .
يجب أن يثبت الطرف المدعى العلاقة الزوجية ببينة .
يكون للاستئناف والطعن بالنقض ولآجالهما أثر واقف .

الباب العاشر
في إثبات النكاح والإقرار به

(مادة ١٤٥)

إِذَا وَقَعَ نِزَاعٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي أَمْرِ النِّكَاحِ ، يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عُدُولٍ .

فَإِنِ ادَّعَى أَحَدٌ عَلَى امْرَأَةٍ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ ، أَوِ ادَّعَتْ هِيَ أَنَّهُ زَوْجُهَا، وَجَحَدَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَعَجَزَ الْمُدَّعِي عَنِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَ الْجَاحِدَ . فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَتِ الدَّعْوَى ، وَإِنْ نَكَلَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٥/٤) : « وإن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت المرأة ذلك ، أو ادعت المرأة النكاح وأنكر الرجل . عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : لا يستحلف المنكر في هذه المسائل . وعندهما : يستحلف وإذا نكل ، يقضى بالنكول ، كذا في النهاية .
وكذلك لو كانت الدعوى في الرضا بالنكاح ، أو في الأمر بالنكاح ، يستحلف عندهما ، كذا في خزانة المفتين .
قال في الينابيع : إذا رفعت المرأة زوجها إلى القاضي ، وجحد الزوج نكاحها ، حلفه القاضي . فإذا حلف ، يقول : فَرَّقْتُ بينكما . هكذا روى خلف بن أيوب عن أبي يوسف رحمه الله تعالى . وقيل : يقول القاضي للزوج : إن كانت امرأتكَ ، فهي طالق . فيقول الزوج : نعم . كذا في السراج الوهاج .
ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان يجري الاستحلاف في النكاح ، لو كانت دعوى النكاح من المرأة ، وقالت المرأة للقاضي : لا يمكنني أن أتزوج ؛ لأن هذا زوجي ، وقد أنكر النكاح ، فَمُرْهُ ليطلقني لأتزوج . لا يمكنه أن يطلقها ، لأن بالطلاق يصير مقرًا بالنكاح ، ماذا يصنع القاضي ؟
ذكر فخر الإسلام علي البزدوي يقول للزوج : قل لها : إن كنتِ امرأتي ، فأنت طالق ، كذا في المحيط .
وإن كانت الدعوى من الزوج وقال : أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعًا سواها ، فإن القاضي ، لا يمكنه من ذلك ، لأنه أقر لهذه المرأة أنها امرأته فيقول له : إن كنتَ تريد ذلك ، فطلق هذه ، ثم تزوج أختها أو أربعًا سواها . هذا في البدائع » .
قول الشافعية : جاء في الأم (٢٤٦/٦) : « وإذا ادعى رجل أنه نكح امرأة ، لم أقبل دعواه حتى يقول : نكحتُها بولي وشاهدين عدلين ورضاها . فإذا قال هذا ، وأنكرت المرأة ، أحلفناها . فإن حلفت ، لم أَقْضِ له بها . وإن نكلت ، لم أقض له بها بالنكول حتى يحلف . فإذا حلف ، قضيتُ له بأنها زوجته » .
وجاء فيه أيضًا (٢٥٥/٦) : « وإذا ادعى الرجل على المرأة أنه تزوجها بولي وشهود ورضاها ، أُحْلِفت . فإن حلفت ، لم أثبت عليها النكاح . وإن نكلت ، رددنا عليه اليمين . فإن حلف ، ثبت النكاح . وإن لم يحلف ، لم يثبت .
وكذلك لو كانت هي المدعية للنكاح عليه ، لم أحلفها حتى تزعم أن العقد كان صحيحًا برضاها وشاهدي عدل وولي . فإن زعم أن العقد نقص من ذا ، لم أُحْلِفها ، وذلك أنهما لو عقدا هذا ناقصًا، فسختُ النكاح ، =

= فلا أُحلِفها على أمرٍ لو كان فسختُه ، وكذلك هو في جميع هذا » .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٤٩/٣) : « إذا تنازعا في الزوجية أي : إذا تنازعا في أصل الزوجية ، فادعاها أحدهما ، وأنكرها الآخر ، ثبتت ببينة .
(ص) ثبتت ببينة ولو بالسماع بالدف والدخان (ش) يعني أنه : إذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته ، وأنكرت . أو ادعت امرأة على رجل أنه زوجها ، وأنكر . فإن أقام المدعي منهما بينة تشهد له على النكاح بينهما ، فإن النكاح يثبت ، وسواء شهد على معاينة العقد ، ولا خلاف في هذا ، أو على السماع الفاشي بالنكاح بينهما بالدف والدخان من الثقات وغيرهم على المشهور المعمول به . قاله المُتَيْطِي .
(ص) وإلا فلا يمين (ش) أي : وإن لم تَقُمْ للمدعي بينة ، فلا يمين له على المنكر ؛ لأن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين ، فلا يمين بمجردها ، ولعدم ثمرتها لو توجهت ، لأنها لا تنقلب إذا نكل عنها ؛ إذ لا يقضى بيمين المدعي مع نكول الآخر .
(ص) ولو أقام المدعي شاهدًا (ش) هذا مبالغة في عدم اليمين . والمعنى : أن المدعي للنكاح إذا أقام شاهدًا على صحة دعواه ، فإن اليمين لا تتوجه على المنكر ؛ إذ لا ثمرة لتوجهها عليه ، إذ لو قيل : إنها تتوجه عليه فنكل عنها ، لم يُقْضَ بالشاهد والنكول ، أي : لا يثبت النكاح بذلك » .
قول الحنابلة : جاء في المغني ٢٤١/١٠-٢٤٣ : « (ومن ادعى زوجية امرأة ، فأنكرته ، ولم تكن له بينة ، فُرِّقَ بينهما ، ولم يُحَلَّف) وجملته أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة ، ذكره القاضي . وهو قول أبي حنيفة . ويتخرج أن يستحلف في كل حق لآدمي ، وهو قول الشافعي وابن المنذر ، ونحوه قول أبي يوسف ومحمد ، لقول النبي ﷺ : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . ولأنه حق لآدمي ، فيستحلف فيه كالمال .
ثم اختلفوا : فقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف في النكاح ، فإن نكل أُلْزِم النكاح . وقال الشافعي : إن نكل ، رُدَّتِ اليمين على الزوج فحلف ، وثبت النكاح .
ولنا : أن هذا مما لا يحل بذله ، فلم يستحلف فيه كالحد . يحقق هذا : أن الأبضاع مما يحتاط فيها ، فلا تُبَاح بالنكول ، ولا به وبيمين المدعي كالحدود ، وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية ، إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم ، ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يُقْضَى به فيما يحتاط له . ويمين المدَّعي إنما هي قول نفسه ، لا ينبغي أن يُعْطَى بها أمرًا فيه خطر عظيم وإثم كبير ، ويُمَكَّن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه . وأما الحديث : فإنما تناول الأموال والدماء ، فلا يدخل النكاح فيه ، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصًا بالحدود ، والنكاح في معناه . بل النكاح أولى ؛ لأنه لا يكاد يخلو من شهود ، لكون الشهادة شرطًا في انعقاده أو من اشتهاره ، فيشهد فيه بالاستفاضة ، والحدود بخلاف ذلك .
إذا ثبت هذا ، فإنه يفرق بينهما ، ويحال بينه وبينها ويخلى سبيلها . وإن قلنا : إنها تُحَلَّف على الاحتمال الآخر ، فنكلت ، لم يُقْضَ بالنكول ، وتحبس في أحد الوجهين ، حتى تُقِرَّ أو تحلف ، وفي الآخر : يُخَلَّى سبيلها . وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع ، لتقر إن كان المدعي محقًّا ، أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلًا .
وإذا ادعى رجل نكاح امرأة ، احتاج إلى ذكر شرائط النكاح ، فيقول : تزوجتُها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها . إن كانت ممن يعتبر رضاها . وهذا منصوص الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : لا يحتاج إلى ذكر شرائطه ؛ لأنه نوع ملك ، فأشبه ملك العبد » . =

٩٦٠ - اعلم أنه إذا ادعى شخص على آخر شيئًا ، فالمدعَى عليه : إما أن يقر ، أو ينكر . فإن أقر ، لزمته دعوى صاحبه . وإن أنكر ، يطالب المدعي بإثبات دعواه . فإن أثبتها لزمت المدعى عليه ، وإن عجز وطلب تحليف المدعى عليه ، فله ذلك . وعندما تتوجه اليمين عليه : فإما أن يحلف، أو يمتنع عن اليمين . فإن حلف سقطت الدعوى ، وإن امتنع لزمه المدعى . هذا هو السير في كل دعوى بقطع النظر عن موضوعها ، فتدخل دعوى الزوجية تحت هذا السير .

٩٦١ - فإذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته : فإما أن تقر - أي : تصدقه - في دعواه ، أو تنكر - أي : تكذبه - في هذه الدعوى . فإن صدقته ، لزمها الزواج . وإن كذبته ، يطالب بإثبات دعواه . فإن أثبتها بأن أقام بينة تشهد له كما يدعي ، ثبتت دعواه ، ولزمها الزواج أيضًا . وإن عجز عن إقامة البينة ، وطلب يمينها على نفي دعواه ، فله ذلك . فإن حلفت سقطت الدعوى ، وإن امتنعت عن اليمين ، لزمها ما يدعي به ؛ لأن امتناعها عن اليمين دليل على أنه محق في دعواه .

٩٦٢ - ومثله : ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه زوجها ، فتتبع هذه الإجراءات بلا فرق ؛ إذ لا فرق بين أن يكون المدعي رجلًا أو امرأةً .

٩٦٣ - ويشترط في البينة أن تكون من الرجال ، أو منهم ومن النساء ، لا من النساء فقط ، فيجوز أن تكون : رجلين ، أو رجلًا وامرأتين . ولا يجوز أن تكون : أربع نسوة .

= وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها ، وذكرت معه حقًّا من حقوق النكاح كالصداق والنفقة ونحوها ، سُمِعت دعواها بغير خلاف نعلمه ، لأنها تدعي حقًّا لها تضيفه إلى سببه ، فتسمع دعواها . كما لو ادعت مِلْكًا أضافته إلى الشراء . وإن أفردت دعوى النكاح ، فقال القاضي : تسمع دعواها أيضًا ؛ لأنه سبب لحقوق لها ، فتسمع دعواها فيه كالبيع . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر : لا تسمع دعواها فيه لأن النكاح حق للزوج عليها ، فلا تسمع دعواها حقًّا لغيرها .

فإن قلنا بالأول ، سئل الزوج . فإن أنكر ولم تكن بينة ، فالقول قوله من غير يمين ؛ لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها ، فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى . ويحتمل أن يستحلف ؛ لأن دعواها إنما سُمِعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين . وإن قامت البينة بالنكاح ، ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها . وأما إباحتها له ، فتنبني على باطن الأمر . فإن علم أنها زوجته ، حلت له ؛ لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق ، ولا نوى به الطلاق . وإن علم أنها ليست امرأته ، إما لعدم العقد أو لبينونتها منه، لم تحل له . وهل يُمَكَّن منها في الظاهر ، يحتمل وجهين ، أحدهما : يُمَكَّنُ منها ؛ لأن الحاكم قد حكم بالزوجية . والثاني : لا يُمَكَّنُ منها ، لإقراره على نفسه بتحريمها عليه ، فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه ، كما لو تزوج امرأة ، ثم قال : هي أختي من الرضاعة .

فإذا ثبت هذا ، فإن دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من : الكشف عن سبب النكاح ، وشرائط العقد . ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا » .

٩٦٤ – ولا بد من العدالة في الشهود ، فلو فاسقين لم تقبل شهادتهما .

(مادة ١٤٦)

لاَ يَثْبُتُ النِّكَاحُ بِشَهَادَةِ ابْنَيِ الزَّوْجَيْنِ لِمَنِ ادَّعَاهُ مِنْهُمَا ، وَكَذَا لَوْ كَانَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ ابْنًا لِلزَّوْجِ وَالآخَرُ ابْنًا لِلزَّوْجَةِ .

فَإِنْ كَانَا ابْنَيِ الزَّوْجِ وَحْدَهُ أَوِ ابْنَيِ الزَّوْجَةِ وَحْدَهَا ، فَادَّعَى أَحَدُهُمَا النِّكَاحَ وَأَنْكَرَهُ الآخَرُ ، تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا عَلَى أَصْلِهِمَا إِذَا اسْتَشْهَدَ بِهِمَا الآخَرُ [١] .

* * *

٩٦٥ – ولا يكتفى في الشاهدين هنا بالعدالة فقط ، بل لابد من كل الشروط التي تشترط في الشاهد عند الأداء . ومن الشروط اللازمة : ألا يكون الشاهد ابنًا للمشهود له ؛ لأن شهادة الفرع لأصله غير مقبولة للتهمة ، وشهادته عليه مقبولة لنفيها . ومثلُ الفرعِ الأصلُ ، فإذا تزوج رجل امرأة ، ورزق منها أولادًا ، ثم طلقها وادعى عليها بعد ذلكَ أنه تزوجها ، وأنكرت ، فأقام ابنيه منها شاهدين ، فلا تقبل هذه الشهادة ، فلا يثبت النكاح بها ؛ لأنها شهادة الفرع لأصله ، وهي غير مقبولة للتهمة .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في رد المحتار (٢٤/٣) : « لو كانا ابنيه وحده ، أو ابنيها وحدها ، فادعى أحدهما النكاح ، وجحده الآخر ، لا تقبل شهادة ابني المدعي له ، بل تقبل عليه . ولو كانا ابنيهما ، لا تقبل شهادتهما للمدعي ، ولا عليه ؛ لأنها لا تخلو عن شهادتهما لأصلهما . وكذا لو كان أحدهما ابنها والآخر ابنه ، لا تقبل أصلًا » .

قول الشافعية : جاء في تحفة الحبيب (٣٩٦/٣ ، ٣٩٧) : « (وينعقد النكاح بابني الزوجين) صادق بأربع صور : بابني الزوج ، أو ابني الزوجة ، أو ابن الزوج وحده بأن كانْ من غيرها وابن الزوجة وحدها ، أو ابنيهما معًا (وينعقد بهما النكاح) أي : وينعقد بهما في كل الصور ، لا في الجملة . والمراد : ينعقد بهما في غير هذه الصورة ، بأن يكونا في تزويج أجنبيين . وقال ق ل : قوله : « في الجملة » . أي : في غير نكاحهما ، وأما في خصوص نكاحهما فلا يثبت النكاح بمن ذكر . فلو ادعت عليه زوجية ، وأنكر ، وأقامت ابنيهما أو عدويهما شهداءَ عليه بذلك ، لم تقبل شهادتهما ؛ لوجود المانع ، وهو العداوة وشهادة الابن لأمه . وكذا لو ادعى عليها زوجية ، وأنكرت ، وأقام من ذُكِر ، لم تقبل أيضًا ، لوجود المانع ا هـ . والحاصل أن قوله : « في الجملة » . أي : إذا شهدا في نكاح غير ذلك ، فيثبت بما ذُكِر . وأما إذا شهد للزوج أولاده أو للزوجة أولادها ، فلا يثبت . أما لو شهد على الزوج ابناه ، أو شهد عليها ابناها ، فيثبت » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/٧) : « وفي انعقاده – أي : النكاح – بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان :

أحدهما : ينعقد . اختاره أبو عبد الله ابن بطة ، لعموم قوله : « إلا بولي وشاهدي عدل » . ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزواج ، فانعقد بهما نكاحه ، كسائر العدول .

٩٦٦ - وهي وإن كان فيها شهادة الفرع على أصله ؛ لأنهما ابناها أيضًا وهي مقبولة ، إلا أن الأول يقدم ؛ لأن القاعدة : أنه إذا اجتمع المانع والمقتضي ، قدم المانع [١] .

٩٦٧ - وكذا إذا ادعت المرأة عليه ، وهو ينكر ، وأقامت ابنيها منه شاهدين، فإن هذه الشهادة غير مقبولة ، لما تقدم .

٩٦٨ - ومثله في الحكم ما إذا كان أحد الشاهدين ابنًا للزوج والآخر ابنًا للزوجة ، بأن تزوج رجل امرأة ، ورزق منها بابن ، وتزوجت امرأة رجلًا ورزقت منه بابن ، ثم طلقها وانقضت عدتها ، فادعى عليها هذا الرجل أنه تزوجها ، وأنكرت ، فأقام عليها البينة وهي ابنه من غيرها وابنها من غيره ، فلا يثبت الزواج بهذه الشهادة ؛ لأنه لم يوجد اثنان مقبول شهادتهما ؛ لأن ابنه لا تقبل شهادته له ، فلم يبق إلا شاهد واحد وهو ابنها من غيره ، فلم يتم نصاب الشهادة وهو اثنان ، فلا يثبت الزواج . وكذا إذا كانت هي المدعية وأقامتهما شاهدين لما ذكر .

٩٦٩ - وأما إذا ادعى رجل على امرأة بأنها زوجته وله ابنان من غيرها ، وأنكرت المرأة هذه الدعوى ، أو ادعت امرأة على رجل بأنه زوجها ، ولها ابنان من غيره ، وأنكر دعواها ، فإن أقام ابنيه من غيرها بينة على دعواه ، فلا تسمع هذه البينة ، فلا يثبت الزواج ؛ لأن شهادة الفرع لأصله غير مقبولة، وإن استشهد بابنيها من غيره فشهدا له ، قبلت البينة ، فيثبت الزواج ؛ لأن شهادة الفرع على أصله مقبولة لنفي التهمة .

٩٧٠ - ومثل ما قيل في دعوى الرجل ، يقال في دعوى المرأة .

(مادة ١٤٧)

لاَ يُعْتَبَرُ إِقْرَارُ الْوَلِيِّ عَلَى الصغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ بِالنِّكَاحِ ، إِلاَّ أَنْ يَشْهَدَ الشُّهُودُ عَلَى النِّكَاحِ ، أَوْ يَبْلُغَ الصَّغِيرُ وَالصَّغِيرَةُ وَيُصَدِّقَانِهِ [٢] .

* * *

٩٧١ - واعلم أن الإقرار ، وهو : الإخبار بشيء حصل . حجة قاصرة على نفس المقر ،

= والثاني : لا ينعقد بشهادتهما ؛ لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه ، والابن لا تقبل شهادته لوالده » . وينظر شرح المادة (٧) .

(١) قاعدة : أنه إذا اجتمع المانع والمقتضي ، قدم المانع .

(٢) قول الحنفية : جاء في فتح القدير (٢٨٨/٣) : « إقرار الولي على الصغير والصغيرة بالترويج ، لم يصدق عند أبي حنيفة إلا ببينة ، أو يدرك الصغير فيصدقه . معناه : إذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي ، وصدقه =

فلا يتعداه إلى غيره إن تضمن الإقرار ذلك إلا بتصديق منه ، فإن كان الإقرار غير متعد لغير المقر ، لزمه ما أقر به ، كما إذا قال شخص: لفلان عندي عشرون جنيهًا . لزمته إذا صدقه المقر له . وأما إذا قال : لفلان عند فلان كذا . فلا يلزم المقرَّ عليه شيء ، إلا إذا اعترف بذلك ، فيلزمه بناءً على إقراره هو ، لا على إقرار غيره . ولا يختص بالدين ، بل هو عام في كل شيء ؛ إذ الإقرار إخبار ، وهو ما حصل مدلوله في الخارج ، وكان اللفظ حكاية عنه .

٩٧٢ – وحينئذٍ يدخل فيه إقرار الولي على الصغير بأنه زوجه فلانة ، أو على الصغيرة بأنه زوجها لفلان . وهذا الإقرار غير نافذ عليهما ، لما علمت من أن إقرار شخص بشيء على آخر لا يلزم ؛ لأنه حجة قاصرة عليه ، فلا يتعداه إلى غيره .

٩٧٣ – فإن أقام الولي بينة على هذه الدعوى ، قبلت ولزم الزواج ؛ لأن البينة حجة متعدية . ومثله ما إذا بلغ الصغير أو الصغيرة وصدق كل منهما الولي في هذا الإقرار ، فإن الزواج الذي أقر به الولي حال صغرهما يثبت ، لتصديقهما له . فإن كذباه بعد البلوغ ، فلا يثبت الزواج . وكذا لو صدق كل منهما حال صغره وأنكره بعد البلوغ ؛ لأن إقرارهما حال الصغر غير معول عليه ، ولينظر هذا الحكم مع قولهم : مَنْ مَلَكَ إنشاء شيء ، ملك الإقرار به [1] . فإن الولي له أن ينشئ زواج الصغير والصغيرة ، فكيف لا يملك الإقرار ، اللّهم إلا أن يكون هذا مستثنًى من هذه القاعدة .

(مادة ١٤٨)

إِذَا أَقَرَّ أَحَدٌ لامْرَأَةٍ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ تَحْتَهُ مَحْرَمٌ لَهَا وَلاَ أَرْبَعٌ سِوَاهَا ، وَصَدَّقَتْهُ ،

= الأب . وعندهما : يثبت النكاح بإقراره . قال في المصفى عن أستاذه الشيخ حميد الدين : إن الخلاف فيما إذا أقر الولي في صغرهما ، فإن إقراره موقوف إلى بلوغهما ، فإذا بلغا وصدقاه ، ينفذ إقراره ، وإلا يبطل . وعندهما : ينفذ في الحال . وقال : إنه أشار إليه في المبسوط . قال : هو الصحيح » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٤١/٧) : « (ويقبل إقرار الولي بالنكاح) على موليته (إن استقل) حالة الإقرار (بالإنشاء) وهو المجبر من أب أو جد أو سيد أو قاضٍ في مجنونة ، وإن لم تصدقه البالغة ؛ لأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار به غالبًا (وإلا) يستقل به لانتفاء إجباره حالة الإقرار ، كأن ادعى – وهي ثيب – أنه زوجها حين كانت بكرًا ، أو لانتفاء كفاءة الزوج (فلا) يقبل لعجزه عن الإنشاء بدون إذنها » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٦٣/٦) : « (وإن أقر ولي لمميزة عليها بنكاح ، قُبِل) إقراره ؛ لأنه يملك إنشاءه ، فملك الإقرار به كالبيع وغيره (وإن كانت) المرأة (غير مميزة وهي مقرة له) أي : للولي (بالإذن قبل أيضًا) لأنه يملك عقد النكاح عليها بمقتضى الإذن ، فملك الإقرار به كالوكيل (وإلا) أي : وإن لم تكن غير المميزة مقرة بالإذن (فلا) يقبل إقرار الولي عليها بالنكاح ؛ لأنه إقرار عليها أشبه الإقرار عليها بمال » .

(١) قاعدة : مَنْ مَلَكَ إنشاء شيء ، ملك الإقرار به .

وَكَانَتْ خَالِيَةً عَنْ زَوْجٍ وَعِدَّةٍ ، تَثْبُتُ زَوْجِيَّتُهَا لَهُ بِإِقْرَارِهِ ، وَتَلْزَمُهُ نَفَقَتُهَا ، وَيَتَوَارَثَانِ (١) .

* * *

٩٧٤ - والذي يدل على أن الإقرار إخبار عن شيء حصل لا إنشاء شيء في الحال : صحته بالزوجية من غير شهود ؛ لأنه إخبار عن عقد سابق ، ولو كان إنشاءً لما صح الإقرار بها من غير شهود ؛ لأن إنشاء عقد النكاح يشترط لصحته حضور شاهدين كما عرفته في موضعه .

٩٧٥ - فإذا أقر رجل لامرأة أنها زوجته ، سواء كان هذا الإقرار حال صحته أو في حال مرضه ، فإن صدقته ، ثبت الزواج ، ويحمل على أنه عقد عليها قبل هذا التاريخ ، وإقراره بالزوجية إخبار عن هذا العقد . وإن لم تصدقه ، فلا تلزمها الزوجية ، إلا إذا أثبتها .

٩٧٦ - ومتى ثبتت الزوجية ، سواء كان بالتصادق أو بالإثبات ، ثبتت أحكامها ، فيلزمه نفقتها ، وتحرم على أصوله وفروعه ، ويحرم عليه التزوج بأصولها مطلقًا وفروعها إن دخل بها ، وإذا مات أحدهما ورثه الآخر ، إلى غير ذلك من الأحكام .

٩٧٧ - ولا يشترط أن يكون تصديقها له حال حياته ، بل تثبت الزوجية وإن صدقته بعد وفاته بالاتفاق ، لأن حكم النكاح باقٍ في حقها وهي العدة ، فإنها من آثار النكاح ، ولهذا جاز لها غسله ميتًا كما في حال الحياة .

٩٧٨ - ومحل ثبوت الزوجية بالتصادق : إذا لم يكن هناك مانع منها . فإن وجد ، كما إذا كان المقر متزوجًا بمحرم لها ، ك : أختها أو عمتها مثلًا، أو متزوجًا بأربع سواها ، أو هي مجوسية ، أو متزوجة بغيره ، أو في عدته، فلا تثبت الزوجية ، لوجود المانع منها .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٢٨/١) : « أقرت المرأة أنه زوجها ، وأقر الرجل أنها امرأته ، يكون ذلك نكاحًا ، ويتضمن إقرارهما بذلك إنشاء النكاح بينهما . بخلاف ما إذا أقرّا بعقدٍ لم يكن ، فإنه كذب محض » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٤٨/٧) : « فإن ادعى نكاحها ، فلم تصدقه حتى ماتت ، لم يرثها . وإن مات قبلها ، فاعترفت بما قال ، ورثته ، لكمال الإقرار منهما بتصديقها . وكذلك لو أقرت المرأة دونه ، فمات قبل أن يصدقها ، لم ترثه . وإن ماتت فصدقها ، ورثها » . وجاء في مطالب أولي النهى (٦٧٠/٦) : « (وإن أقر رجل أو امرأة بزوجية الآخر) بأن أقر الرجل بأنها زوجته أو أقرت هي بذلك (فسكت) صح ، وورثه بالزوجية ، لقيامها بينهما بالإقرار . أو أقر أحدهما بزوجية الآخر (فجحده ، ثم صدقه ، صح) الإقرار وورثه ، لحصول الإقرار والتصديق . ولا أثر تجوزًا قبل ذلك كالمدعى عليه يجحد ثم يقر » .

(مادة ١٤٩)

إِذَا أَقَرَّتِ الْمَرْأَةُ في حَالِ صِحَّتِهَا أَوْ في مَرَضِهَا أَنَّهَا تَزَوَّجَتْ فُلاَنًا . فَإِنْ صَدَّقَهَا في حَيَاتِهَا ، ثَبَتَ النِّكَاحُ ، وَوَرِثَهَا . وَإِنْ صَدَّقَهَا بَعْدَ مَوْتِهَا ، فَلاَ يَثْبُتُ إِنْكَاحٌ ، وَلاَ يَرِثُهَا [1] .

* * *

٩٧٩ - وإذا أقرت المرأة لرجل بأنها زوجته : فإن صدقها ، وليس هناك مانع من الزوجية ، ثبتت ، لما تقدم ، سواء كان إقرارها في حال صحتها ، أو مرضها . ومتى ثبتت الزوجية ، ترتبت أحكامها كما ذكر في المادة السابقة ، ولكن يشترط في ثبوت الزوجية هنا تصديقه لها حال حياتها . فإن صدقها بعد موتها ، قال الإمام أبو حنيفة : لا تثبت الزوجية . وقال الصاحبان : تثبت ، فتترتب أحكامها .

٩٨٠ - واستدل أبو حنيفة : بأنها لما ماتت ، زال النكاح بعلائقه ، حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعًا سواها ، ولا يحل له أن يغسلها ، فبطل إقرارها ، فلا يصح التصديق بعد بطلان الإقرار [2] .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (١٨/١٤٣) : « ولو أقرت المرأة في صحة أو مرض أنها تزوجت فلانًا بكذا ، ثم جحدته . فإن صدقها الزوج في حياتها ، يثبت النكاح ؛ لأن جحودها بعد الإقرار باطل . وإن صدقها بعد موتها ، لم يثبت النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله ، ولا ميراث للزوج منها . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يثبت النكاح اعتبارًا لجانبها بجانبه ، بعلة أن النكاح ينتهي بالموت ، فإنه يُعْقَد للعمر ، فمضي المدة يُنْهِيه ، ولهذا يستحق المهر والميراث . وإن لم يوجد الدخول والمنتهي متقرر في نفسه ، فيصح التصديق في حال تقرر المقرر به كما يصح قبل تقرره . وأبو حنيفة ﷺ فرق بينهما ، وأشار إلى الفرق في الكتاب ، فقال : لأن الفراش له عليها لا لها » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٧١) : ١ - النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم .
٢ - يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المعاشرة بالمعروف : المادة (٣٩) : على الزوج أن يحسن معاشرة زوجته وأن يعاملها بالمعروف وعلى المرأة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٧) - الحقوق المشتركة بين الزوجين هي :
أ - حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه الشرعي .
ب - إحصان كل منهما الآخر . ج - المساكنة الشرعية .
د - حسن المعاشرة وتبادل الاحترام والرحمة والمودة والمحافظة على خير الأسرة .
هـ - العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة .
و - احترام كل منهما لأبوي الزوج الآخر وأهله .




الأحكام الشرعية في



الجزء الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الكتاب الثاني : فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه




الباب الأول
فيما يجب على الزوج من
حسن المعاملة للزوجة

(مادة ١٥٠)

يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُعَامِلَ زَوْجَتَهُ بِالْمَعْرُوفِ ، وَيُحْسِنَ عِشْرَتَهَا ، وَيَقُومَ بِنَفَقَتِهَا ، وَهِيَ تَشْمَلُ : الطَّعَامَ ، وَالْكِسْوَةَ ، وَالسكْنَى (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في أحكام القرآن للجصاص (١٥٧/٢) : « وقوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . أمر للأزواج بعشرة نسائهم بالمعروف . ومن المعروف : أن يوفيها حقها من المهر ، والنفقة ، والقسم ، وترك أذاها بالكلام الغليظ ، والإعراض عنها ، والميل إلى غيرها ، وترك العبوس والقطوب في وجهها بغير ذنب ، وما جرى مجرى ذلك . وهو نظير قوله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ » .

وجاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٤١٣/١) : « والنفقة الواجبة : المأكل ، والملبس ، والمسكن » .

قول الشافعية : جاء في الأم (١١٤/٥) : « وأقل ما يجب في أمره بالعشرة بالمعروف أن يؤدي الزوج إلى زوجته ما فرض الله لها عليه من نفقة وكسوة ، وترك ميل ظاهر فإنه يقول جل وعز : ﴿ فَلَا تَمِيلُوا۟ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ﴾ . وجماع المعروف إتيان ذلك بما يحسن لك ثوابه وكف المكروه » .

وجاء فيه أيضًا (٩٤/٥) : « وفي قول الله تبارك وتعالى في النساء : ﴿ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟ ﴾ . بيان أن على الزوج ما لا غنى بامرأته عنه من نفقة وكسوة وسكنى . قال : وخدمة في الحال التي لا تقدر على أن تنحرف لما لا صلاح لبدنها إلا به من الزمانة والمرض ، فكل هذا لازم للزوج » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢١٢/٧ ، ٢١٣) : « ومن حسن الخلق : مجاملة الزوجة والأهل ، ومعاشرتهم ، والتوسعة عليهم . قال مالك : ينبغي للرجل أن يحسن إلى أهل داره ، حتى يكون أحب الناس إليهم . قال في المختصر : وهو في سعة من أن يأكل من طعام لا يأكل منه عياله ، ويلبس ثيابًا لا يكسوهم مثلها ، ولكن يكسوهم ويطعمهم منه ، وأكره أن يسأل الرجل عما أدخل داره من الطعام . ولا ينبغي أن يفاحش المرأة ، ولا يكثر مراجعتها ، ولا تردادها . والأصل في ذلك ما روى مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « المرأة كالضلع إن أقمتها كسرتها ،وإن استمتعت بها استمتعت بها وبها عوج » . وروى أبو حازم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « استوصوا بالنساء خيرًا ، فإنهن خلقن من ضلع ، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه ، فإن ذهبت تقيمه كسرته ، وإن تركته لم يزل أعوج ، فاستوصوا بالنساء خيرًا » .

وجاء في التاج والإكليل (٥٤١/٥ ، ٥٤٢) : « ابن شاس : واجبات النفقة ستة : الطعام ، والإدام ، والخادم ، والكسوة ، وآلة التنظيف ، والسكنى . ومن المدونة : لا حدَّ لنفقتها ، هي على قدر عسره ويسره . وفيها أيضًا : وجوب الإسكان كالنفقة وحال السكنى قدرًا وصفةً ومكانًا باعتبار حال الزوجين » .

٩٨١ – اعلم أن في الزواج انتظامَ المصالحِ الدينية والدنيوية، فهو يحصن الزوجين ويسترهما عما يشينهما ، ويكفيك دليلًا على هذا قوله تعالى : ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ (١) . فجعل كلاًّ منهما كاللباس لصاحبه في الستر، ولا تتهيأ تلك المصالح إلا بالقيام بمصالح البدن ، وهي تتعلق بداخل البيت وخارجه ، فكل منهما يقوم بواحد . وفيه انضمام المذكر إلى المؤنث غاية الانضمام ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ (٢) .

٩٨٢ – ولا بقاء لهذا العقد إلا بالالتئام ، ولا التئام إلا بحسن العشرة ، فحينئذ يجب على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ، لقوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (٣) . فيحسن إليها قولًا وفعلًا وخُلُقًا ، ويقوم بجميع لوازمها على الوجه الشرعي ، فينفق عليها بقدر طاقته حتى لا يحوجها إلى ارتكاب ما لا تحمد عقباه من الأمور الذميمة .

٩٨٣ – وليس حسن العشرة خاصًّا بالزوج ، بل يجب على الزوجة أيضًا، فكل يقوم بما تفرضه عليه حقوق الزوجية . ومتى قام كل منهما بما يلزمه ، انتظمت مصالحهما ، وحسنت حالهما ، وأفاد الزواج فائدته .

(مادة ١٥١)

يَجِبُ قَضَاءً عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُوَاقِعَ زَوْجَتَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً فِي مُدَّةِ الزَّوْجِيَّةِ .

* * *

٩٨٤ – فإذا كان الرجل متزوجًا بواحدة فقط ، وهو الأحسن إن خاف عدم العدل ،

= قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٣/ ٤٠) : « والعشرة (ما يكون بين الزوجين من الألفة والانضمام يلزم كلا) من الزوجين (معاشرة الآخر بالمعروف ، وألا يمطله بحقه ولا يتكره لبذله) أي : ما عليه من حق الآخر ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . قال أبو زيد : تتقون اللّٰه فيهن كما عليهن أن يتقين اللّٰه فيكم . وقال ابن عباس : إني لأحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . ويستحب لكلٍّ منهما تحسين الخلق لصاحبه ، والرفق به ، واحتمال أذاه . وفي حديث : « استوصوا بالنساء خيرًا ، فإنهن عوانٍ عندكم أخذتموهن بأمانة اللّٰه ، واستحللتم فروجهن بكلمة اللّٰه » رواه مسلم .

وجاء في الفروع (٥/ ٥٧٧) : « يلزم الزوج نفقة زوجته وكسوتها وسكناها بما يصلح لمثلها بالمعروف ، ويعتبر ذلك الحاكم عند التنازع بحالهما » .

(١) البقرة : ١٨٧ .

(٢) الروم : ٢١ .

(٣) النساء : ١٩ .

لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ (١) . يعني : أن الاقتصار على الواحدة والمملوكات أقرب إلى ألا تعولوا ، أي : تجوروا . فالعول معناه : الجور . يقال عال الميزان : إذا مال . وعال الحاكم : إذا جار . وجب عليه حسن عشرتها كما تقدم في المادة السابقة ، حتى لو امتنع من ذلك ، ورفعت أمرها إلى القاضي، حكم عليه به . وبعضهم يقول : لا حق للزوجة في الوقاع مدة الزوجية ، إلا مرة واحدة ، وأما الزيادة عليها فليست بواجبة في القضاء ، بل يؤمر بها ديانة ، أي : فيما بينه وبين الله تعالى . وبعضهم يقول : تجب عليه الزيادة في القضاء أيضًا ، دفعًا للضرر عنها ، ولتأتي بالأولاد التي هي أهم مقاصد عقد الزواج ، فيحكم عليه القاضي بوقوعها أحيانًا . وهذا هو الظاهر .

(مادة ١٥٢)

إِذَا تَعَدَّدَتِ الزَّوْجَاتُ ، وَكُنَّ أَحْرَارًا كُلُّهُنَّ ، يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَهُنَّ فِيمَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ مِنَ : التَّسْوِيَةِ فِي الْبَيْتُوتَةِ لِلْمُؤَانَسَةِ ، وَعَدَمِ الْجَوْرِ فِي النَّفَقَةِ (٢) .

* * *

---

(١) النساء : ٣ .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٢/٢ ، ٣٣٣) : « الرجل لا يخلو : إما أن يكون له أكثر من امرأة واحدة ، وإما إن كانت له امرأة واحدة . فإن كان له أكثر من امرأة ، فعليه العدل بينهن في حقوقهن من القسم والنفقة والكسوة ، وهو التسوية بينهن في ذلك ، حتى لو كانت تحته امرأتان حرتان أو أمتان يجب عليه أن يعدل بينهما في المأكول والمشروب والملبوس والسكنى والبيتوتة . والأصل فيه قوله عز وجل : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ عقيب قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ . أي : إن خفتم ألا تعدلوا في القسم والنفقة في نكاح المثنى والثلاث والرباع ، فواحدة . ندب ﷻ إلى نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل في الزيادة ، وإنما يُخاف على ترك الواجب ، فدل أن العدل بينهن في القسم والنفقة واجب ، وإليه أشار في آخر الآية بقوله : ﴿ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ أي : تجوروا ، والجَوْر حرام ، فكان العدل واجبًا ضرورةً . ولأن العدل مأمور به لقوله عز وجل : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾ على العموم والإطلاق إلا ما خُصَّ أو قُيِّدَ بدليل . وروي عن أبي قلابة أن النبي ﷺ كان يعدل بين نسائه في القسمة ، ويقول : « اللّهم هذه قسمتي فيما أملك ، فلا تؤاخذني فيما تملك أنت ولا أملك » . وعن أبي هريرة ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « من كان له امرأتان ، فمال إلى إحداهما دون الأخرى ، جاء يوم القيامة وشقه مائل » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤١٣/٤) : « (يختص القَسْم) أي : وجوبه (بزوجات) أي : بثنتين منهن فأكثر ، ولو كن غير حرائر ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ . أي : في القَسْم الواجب ﴿ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٣٥٣/٣) : « الإيثار يكون على أربعة أضرب :

٩٨٥ - فإن تعددت الزوجات ، وكن كلهن أحرارًا أو إماء ، وجب عليه أن يعدل بينهن فيما يقدر عليه من المأكول والملبوس والسكنى والبيتوتة إذا كن في درجة واحدة من الغنى والفقر بالنسبة للنفقة . فإن اختلفن في ذلك ، فمن يقول : إن النفقة معتبرة بحال الزوج . كان الحكم كذلك عنده ، ومن يقول : بأنها واجبة حسب حالهما . فلا يلزمه بالتسوية بينهن في النفقة ، لزيادة نفقه الغنية على نفقه المتوسطة والفقيرة .

= **أحدهما** : الإيثار يكون بمعنى المحبة لإحداهما والميل إليها . فهذا الضرب لا يملك أحد دفعه ، ولا الامتناع منه ، وإنما الإنسان مضطر إلى ما جُبِل عليه منه .

والضرب الثاني : إيثار إحدى الزوجتين على الأخرى في سَعَة الإنفاق عليها والكسوة وسَعَة المسكن ، ولكن ذلك بحسب ما تستحقه كل واحدة منهما ؛ لأن لكل واحدة منهما نفقة مثلها ومُؤْنة مثلها ومسكن مثلها على قدر شرفها وجمالها وشبابها وسماحتها . فهذا الإيثار واجب ، ليس للأخرى الاعتراض فيه ، ولا للزوج الامتناع منه ، ولو امتنع الحكم به عليه .

والضرب الثالث من الإيثار : أن يعطي كل واحدة منهما من النفقة والكسوة والمؤْنة ما يجب لها ، ثم يؤثر إحداهما بأن يكسوها الخزَّ والحرير والحلي . ففي العتبية ومن رواية ابن القاسم عن مالك : أن ذلك له ، فهذا الضرب من الإيثار ليس لمن وُفِّيَت حقها أن تمنع الزيادة لضَرَّتها لا يجبر عليه الزوج ، وإنما له فعله إذا شاء .

والضرب الرابع : أن يؤثر إحدى الزوجتين بنفسه ، مثل أن يبيت عند إحداهما ولا يبيت عند الأخرى ، أو يكون مبيته عند إحداهما أكثر ، أو يجامعها ويجلس عندها في يوم الأخرى ، أو ينقص إحداهما من نفقة مثلها ويزيد الأخرى ، أو يُجْرِي عليها ما يجب لها . فهذا الضرب من الإيثار لا يَحِلُّ للزوج فعله إلا بإذن المُؤْثَر لها . فإن فعله ، كان لها الاعتراض فيه ، والاستعداء عليه . قال الله تعالى : ﴿ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ ٱلْمَيْلِ ﴾ . وإن أذنت له في ذلك ، فهو جائز ، وقد وهبت سَوْدة بنت زَمْعة يومها لعائشة تبتغي بذلك رضا النبي ﷺ ، فكان يقسم بذلك لعائشة يومين . وفي المزنية عن عيسى : أنه يقع في نفسي أن الإيثار المذكور في هذا الحديث هو في القسم لها من نفسه في المبيت ، وما يجب عليه العدل فيه ببن نسائه ؛ لأن الأَثَرَة في غير ذلك جائزة فيما يريد أن يُؤْثِر به من ماله بعد الذي يعدل بينهن في المبيت وما لا بد له من النفقة على قدرها وقدر عياله عندها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني ٢٢٩/٧، ٢٣٠ : « لا نعلم بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم خلافًا . وقد قال الله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . وليس مع الميل معروف . وقال الله تعالى : ﴿ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ﴾ . وروى أبو هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من كانت له امرأتان ، فمال إلى إحداهما ، جاء يوم القيامة وشقه مائل » . وعن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل ، ثم يقول : « اللّهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تَلُمْني فيما لا أملك » . رواهما أبو داود . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدئ بواحدة منهن إلا بقرعة ؛ لأن البداءة بها تفضيل لها ، والتسوية واجبة ، ولأنهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن ، فوجب المصير إلى القرعة ، كما لو أراد السفر بإحداهن . فإن كانتا اثنتين ، كفاه قرعة واحدة ، ويصير في الليلة الثانية إلى الثانية بغير قرعة ؛ لأن حقها متعينٌ . وإن كُنَّ ثلاثًا ، أقرع في الليلة الثانية للبداية بإحدى الباقيتين . وإن كُنَّ أربعًا ، أقرع في الليلة الثالثة ، ويصير في الليلة الرابعة إلى الرابعة بغير قرعة . ولو أقرع في الليلة الأولى ، فجعل سهمًا للأولى وسهمًا للثانية وسهمًا للثالثة وسهمًا للرابعة ، ثم أخرجها عليهن مرة واحدة ، جاز ، وكان لكل واحدة ما خرج لها » .

٩٨٦ – أما الشيء الذي لا يقدر عليه ، فلا تجب عليه التسوية فيه ، لكونه غير مقدور له ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يعدل بين نسائه ، ويقول : « **اللهم إن هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما تملك وما لا أملك** » . يعني : القلب [1] ، أي : زيادة المحبة . وإنما وجب القسم بينهن ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [2] . فإنه أمر بالاقتصار على الواحدة عند خوف الجور ، فيعلم إيجاب العدل عند تعددهن ، حملًا للأمر على الوجوب ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « **من كان له امرأتان ، فمال إلى إحداهما ، جاء يوم القيامة وشقه مائل** » [3] . أي : مفلوج .

٩٨٧ – فإن كان بعضهن أحرارًا والبعض إماء ، كان للحرة الثلثان من القسم في البيتوتة وللأمة الثلث ، لما روي عن سيدنا علي كرم اللّه وجهه أنه قال : للحرة الثلثان ، وللأمة الثلث [4] [5] .

(مادة ١٥٣)

الْبِكْرُ وَالثَّيِّبُ وَالْجَدِيدَةُ وَالْقَدِيمَةُ وَالْمُسْلِمَةُ وَالْكِتَابِيَّةُ سَوَاءٌ فِي وُجُوبِ الْعَدْلِ وَالتَّسْوِيَةِ ، فَلاَ تَتَمَيَّزُ إِحْدَاهُنَّ عَنِ الأُخْرَى .

---

(١) سنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في القسم بين النساء / ٢١٣٤) .

(٢) النساء : ٣ .

(٣) سنن النسائي (كتاب : عشرة النساء / باب : ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض / ٣٩٤٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في القسم بين النساء / ٢١٣٣) .

(٤) بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) .

(٥) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٦٨) : عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهن في المساكن .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : منع إسكان الضرائر في دار واحدة :

المادة (٤٠) : على من له أكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهن في المعاملة ، وليس له إسكانهن في دار واحدة إلا برضاهن .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٨) – حقوق الزوجة على زوجها هي :

أ – النفقة الشرعية .

ب – السماح لها بزيارة أبويها ومحارمها واستزارتهم بالمعروف .

ج – الاحتفاظ باسمها العائلي .

د – عدم التعرض لأموالها الخاصة فلها التصرف فيها بكل حرية .

هـ – عدم الإضرار بها ماديًا أو معنويًا .

و – العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة .

وَلاَ فَرْقَ فِي الْقَسْمِ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ صَحِيحَةً أَوْ مَرِيضَةً أَوْ حَائِضًا أَوْ نُفَسَاءَ أَوْ رَتْقَاءَ أَوْ قَرْنَاءَ ، فَلاَ يُقْبَلُ عُذْرُ الزَّوْجِ إِنْ قَصَّرَ فِي الْعَدْلِ مُعْتَذِرًا بِمَرَضِ الْمَرْأَةِ أَوْ حَيْضِهَا أَوْ نِفَاسِهَا أَوْ بِعَيْبٍ فِي أَعْضَاءِ تَنَاسُلِهَا (١) .

* * *

٩٨٨ - وبما أن الغرض من القسم هو الإقامة عند كل واحدة منهن والمعاشرة معها ، لتأنس به وتندفع عنها الوحشة ، فلا فرق بين زوجة وأخرى ، بل الكل سواء ، فتستوي فيه البكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية ، فلا تتميز إحداهن على الأخرى . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : يقيم عند البكر الجديدة سبعًا ، وعند الثيب

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٤٠/١) : « فيسوي بين الجديدة والقديمة ، والبكر والثيب ، والصحيحة والمريضة ، والرتقاء والمجنونة التي لا يخاف منها ، والحائض والنفساء ، والحامل والحائل ، والصغيرة التي يمكن وطؤها ، والمحرمة والمولى منها والمظاهر منها ، كذا في التبيين . وكذا بين المسلمة والكتابية ، كذا في السراج الوهاج » .

قول الشافعية : جاء في حاشية البيجيرمي على الخطيب (٤٦٢/٣ ، ٤٦٣) : « (والتسوية في القسم) في المبيت (بين) الزوجتين و(الزوجات) الحرائر (واجبة) على الزوج ، ولو قام بهما أو بهن عذر كمرض وحيض ورتق وقرن وإحرام ، لأن المقصود الأنس لا الوطء . ولا تجب التسوية بينهم أو بينهن في التمتع بوطء وغيره ، لكنها تسن . وخرج بقولنا : « الحرائر » ما لو كان تحته حرة وأمة ، فللحرة ليلتان وللأمة ليلة لحديث فيه مرسل . وإذا قام بالزوجة نشوز ، وإن لم يحصل به إثم كمجنونة ، بأن خرجت عن طاعة زوجها ، كأن خرجت من مسكنه بغير إذنه ، أو لم تفتح له الباب ليدخل ، أو لم تمكنه من نفسها لا تستحق قسمًا ، كما لا تستحق نفقة » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٩١/٢ ، ١٩٢) : « قلت : أرأيت القسم بين الأحرار المسلمات والإماء المسلمات وأهل الكتاب سواء قول مالك ، قال : نعم .

قلت : ويقسم العبد بين الأمة والحرة والذمية من نفسه بالسوية في قول مالك ، قال : نعم .

قلت : أرأيت الصغيرة التي قد جومعت والكبيرة والبالغة ، أيكون القسم بينهما سواء في قول مالك ، قال : نعم .

قلت : أرأيت من كانت تحته رَتْقَاء أو من بها داء لا يقدر على جماعها مع ذلك الداء ، وعنده أخرى صحيحة ، أيكون القسم بينهما سواء في قول مالك ، قال : قال مالك في الحائض والمريضة التي لا يقدر على جماعها أنه يقسم لها ولا يدع يومها وكذلك مسألتك .

قلت : أرأيت المجنونة والصحيحة في قول مالك في القسم بينهما سواء ، قال : نعم سواء » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٣٠/٧) : « ويقسم للمريضة ، والرتقاء ، والحائض ، والنفساء ، والمحرمة ، والصغيرة الممكن وطؤها ، وكلهن سواء في القسم . وبذلك قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . وكذلك التي ظاهر منها ، لأن القصد الإيواء والسكن والأنس ، وهو حاصل لهن . وأما المجنونة ، فإن كانت لا يُخَاف منها ، فهي كالصحيحة، وإن خاف منها ، فلا قسم لها ؛ لأنه لا يأمنها على نفسه ، ولا يحصل لها أنس ولا بها » .

الجديدة ثلاثًا ، ولا يحتسب عليها ذلك ، لما روى عن أنس [١] أنه قال : سمعت النبي ﷺ يقول : « للبكر سبع ، وللثيب ثلاث ، ثم يعود إلى أهله » [٢] . وروى أبو قلابة [٣] عن أنس أنه قال : من السنة إذا تزوج بكرًا أقام عندها سبعًا ، وإذا تزوج ثيبًا أقام عندها ثلاثًا ، ثم قسم [٤] . ولأنها لم تألف صحبة زوجها ، فربما يحصل لها في أول الأمر نفرة ، فيكون في الزيادة إزالتها .

---

(١) هو : أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد ابن حرام بن جندب بن عامر بن غنم بن عدى بن النجار ، واسمه تيم الله بن ثعلبة بن عمرو ابن الخزرج بن حارثة الأنصاري الخزرجي النجارى من بنى عدى ابن النجار خادم رسول الله ﷺ كان يتسمى به ويفتخر بذلك وكان يجتمع هو وأم عبد المطلب جدة النبي ﷺ واسمها سلمى بنت عمرو بن زيد بن أسد ابن خداش بن عامر في عامر بن غنم ، وكان يكنى أبا حمزة كناه النبي ﷺ ببقلة كان يجتنيها وأمه أم سليم بنت ملحان ويرد نسبها عند اسمها وكان يخضب بالصفرة وقيل بالحناء وقيل بالورس ، وكان يخلق ذراعيه بخلوق للمعة بياض كانت به ، وكانت له ذؤابة فأراد أن يجزها فنهته أمه وقالت كان النبي يمدها ويأخذ بها وداعبه النبي ﷺ فقال له : « يا ذا الأذنين » قال محمد بن عبد الله : خرج أنس مع رسول الله ﷺ إلى بدر وهو غلام يخدمه وكان عمره لما قدم النبي ﷺ المدينة مهاجرًا عشر سنين وقيل : تسع سنين وقيل : ثماني .

واختلف في وقت وفاته ومبلغ عمره فقيل توفى سنة إحدى وتسعين ، وقيل : سنة اثنتين وتسعين ، وقيل : سنة ثلاث وتسعين ، وقيل : سنة تسعين ، قيل : كان عمره مائة سنة وثلاث سنين وقيل : مائة سنة وعشر سنين وقيل : مائة سنة وسبع سنين وقيل : بضع وتسعون سنة ودفن هناك على فرسخين من البصرة وصلى عليه قطن بن مدرك الكلابي .

انظر : أسد الغابة - ابن الأثير (ج ١ ص ١٢٧) :

(٢) ينظر : وصحيح مسلم (كتاب : الرضاع / باب : قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها / ١٤٦٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : الإقامة على البكر والثيب / ١٩١٦) .

(٣) هو : أبو قلابة عبد الله بن زيد بن عمرو أو عامر بن ناتل بن مالك ، الإمام ، شيخ الإسلام ، أبو قلابة الجرمي البصري ، وجرم بطن من الحاف بن قضاعة ، قدم الشام وانقطع بداريا ، ما علمت متى ولد . حدث عن ثابت بن الضحاك في الكتب كلها ، وعن أنس كذلك ، ومالك بن الحويرث وعن خلق سواهم . وهو يدلس ، وكان من أئمة الهدى . حدث عنه مولاه أبو رجاء سلمان ، ويحيى بن أبي كثير ، وثابت البناني ، وقتادة ، وعمران بن حدير ، والمثنى بن سعيد ، وغيلان بن جرير ، وميمون القناد ، وأيوب السختياني ، وخالد الحذاء ، وعاصم الاحوال ، وداود بن أبي هند ، كان ثقة ، كثير الحديث ، وكان ديوانه بالشام .

كان أبا قلابة ممن ابتلى في بدنه ودينه ، أريد على القضاء ، فهرب إلى الشام ، فمات بعريش مصر سنة أربع ، وقد ذهبت يداه ورجلاه ، وبصره ، وهو مع ذلك حامد شاكر . انظر: سير أعلام النبلاء (٤/٤٦٨ : ٤٧٣) .

(٤) صحيح البخاري (كتاب : النكاح / باب : العدل بين النساء / ٥٢١٣) ، وصحيح مسلم (كتاب : الرضاع / باب : قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها / ١٤٦١) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في القسمة للبكر والثيب / ١١٣٩) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في المقام عند البكر / ٢١٢٤) .

٩٨٩ - ولنا : أن اجتماع الزوجات عنده سبب لوجوب التسوية بينهن ، فلا يكون سببًا لتفضيل بعضهن على بعض ، ولو جاز تفضيل البعض ، لكانت القديمة أولى ، لما وقع لها من الكسر والوحشة وإدخال الغيظ الغيرة بسبب إدخال الضرة عليها . والمراد من الحديث الذي استدل به : التفضيل بالبداءة بالجديدة دون الزيادة ؛ ولأن القسم من حقوق النكاح فهن فيه سواء .

٩٩٠ - ولا فرق فيه أيضًا بين ما إذا كانت المرأة صحيحة ، أو مريضة ، أو عليها دم الحيض ، أو دم النفاس وهو الدم الذي يخرج عقب الولادة ، أو في فرجها السداد من لحم أو عظم ، وحينئذٍ لا يقبل عذر الزوج في عدم العدل بينهن إذا اعتذر بشيء من ذلك .

٩٩١ - ولا فرق بين زوج وآخر ، فالمجبوب والعنين والخصي وغيرهم سواء ، وكذا الصبي إذا دخل بامرأتيه ؛ لأن وجوبه لحق النساء ، وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب .

(مادة ١٥٤)

يُقِيمُ عِندَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ يَوْمًا وَلَيْلَةً أَوْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ سَبْعَةَ أَيَّامٍ . وَالرَّأْيُ لَهُ فِي تَعْيِينِ مِقْدَارِ الدَّوْرِ ، وَفِي الْبُدَاءَةِ فِي الْقَسْمِ [1] .

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٥/٢١٧ ، ٢١٨) : « إذا كان للرجل الحر ، أو المملوك امرأتان حرتان ، فإنه يكون عند كل واحدة منهما يومًا وليلة ، وإن شاء أن يجعل لكل واحدة منهما ثلاثة أيام فعل ؛ لأن المستحق عليه التسوية . فأما في مقدار الدور ، فالاختيار إليه . وهذه التسوية في البيتوتة عندها للصحبة والمؤانسة لا في المجامعة ؛ لأن ذلك ينبني على النشاط ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه ، فهو نظير المحبة في القلب . وروي عن الأشعث بن الحكم ﷺ أن رسول الله ﷺ قال لأم سلمة ﵂ حين دخل بها : « إن شئتِ سَبَّعْتُ لكِ وسَبَّعْتُ لهن » . زاد في بعض الروايات : « إن شئتِ ثَلَّثْتُ لكِ وثَلَّثْتُ لهن » . وفي رواية : « وإن شئت ثَلَّثْتُ لكِ ثم دُرْتُ » . وبهذا الحديث أخذ علماؤنا فقالوا : الجديدة والقديمة في حكم القسم سواء ، بكرًا كانت الجديدةُ أو ثيبًا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : إن كانت بكرًا يفضلها بسبع ليال ، وإن كانت ثيبًا فثلاث ليالٍ ، ثم التسوية بعد ذلك ، لحديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « تفضل البكر بسبع ، والثيب بثلاث » . ولأن القديمة قد أَلِفَتْ صُحْبَتَهُ وأَنِسَتْ به ، والجديدة ما ألفت ذلك ، بل فيها نوع نُفْرَة ووَحْشَة ، فينبغي أن يُزِيل ذلك عنها ببعض الصحبة ، لتستوي بالقديمة في الإلف . ثم المساواة بعد ذلك ، فإذا كانت بكرًا ففيها زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال ، وإذا كانت ثيبًا فهي قد صحبت الرجال ، وإنما لم تصحبه خاصة ، فيكفيها ثلاث ليال لتأنس بصحبته . وحجتنا في ذلك أن سبب وجوب التسوية ؛ اجتماعها في نكاحه وقد تحقق ذلك بنفس العقد ، ولو وجب تفضيل إحداهما كانت القديمة أولى بذلك ؛ لأن الوحشة في جانبها أكثر حيث أدخل غيرها عليها ، فإن ذلك يُغِيظها عادةً . ولأن للقديمة زيادة حرمة =

وَإِنَّمَا تَجِبُ التَّسْوِيَةُ لَيْلًا بِأَنْ يُعَاشِرَ فِيهِ إِحْدَاهُنَّ بِقَدْرِ مَا يُعَاشِرُ الأُخْرَى ، وَلاَ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ نَهَارًا ، مَا لَمْ يَكُنْ عَمَلُهُ لَيْلًا ، فَيَقْسِمَ نَهَارًا (١) .

* * *

= بسبب الخدمة ، كما يقال لكل جديد لذة ولكل قديم حرمة . وأما الحديث فالمراد : التفضيل بالبداية دون الزيادة ، كما ذكر في حديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها : « إن شئت سبعت لك وسبعت لهن » . وقوله : « إن شئت ثلثت لك ، ثم درت » . أي : أخبرت بمثل ذلك على كل واحدة منهن . ونحن نقول به أن للزوج أن يبدأ بالجديدة ، لما له في ذلك من اللذة ، ولكن بعد أن يسوي بينهما » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج ٤١٧/٤ : « (وله) أي : للزوج المقيم (أن يرتب القسم على ليلة ويوم قبلها أو بعدها) وهو أولى ، وعليه التواريخ الشرعية ، فإن أول الأشهر الليالي . وقضية كلامه : اعتبار الليل بغروب الشمس إلى طلوع الفجر . قال ابن الرفعة : والوجه الرجوع في ذلك إلى العرف الغالب . وهذا هو الظاهر ، فإن بعض الناس يبقى في حانوته إلى هدأة من الليل » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/٤ ، ٦) : « (ص) والزيادة على يوم وليلة (ش) أي : وتجوز الزيادة في القسم على يوم وليلة . والواجب أن يقسم باليوم والليلة ، ولا يجوز تنصيف الليلة ، ولا الزيادة عليها إلا برضاهن ، ما لم يكن في بلاد بعيدة ، فلا بأس بقسمة الجمعة والشهر مما لا ضرر عليه فيه ، وله أن يقيم عند إحداهن لتَجْرٍ أو صَنْعَةٍ » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٣٦/٧) : « ويقسم بين نسائه ليلة ليلة . فإن أحب الزيادة على ذلك ، لم يجز إلا برضاهن . وقال القاضي : له أن يقسم ليلتين ليلتين ، وثلاثًا ثلاثًا ، ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن . والأولى مع هذا ليلة وليلة ، لأنه أقرب لعهدهن به . وتجوز الثلاث ، لأنها في حد القلة ، فهي كالليلة . وهذا مذهب الشافعي . ولنا : أن النبي ﷺ إنما قسم ليلة وليلة . ولأن التسوية واجبة ، وإنما جوز بالبداية بواحدة ، لتعذر الجمع . فإذا بات عند واحدة ليلة ، تعينت الليلة الثانية حقًّا للأخرى ، فلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها . ولأنه تأخير لحقوق بعضهن ، فلم يجز بغير رضاهن ، كالزيادة على الثلاث . ولأنه إذا كان له أربع نسوة ، فجعل لكل واحدة ثلاثًا ، حصل تأخير الأخيرة في تسع ليال ، وذلك كثير ، فلم يجز ، كما لو كان له امرأتان ، فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعًا . ولأن للتأخير آفات ، فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضى المستحق كتأخير الدين الحال . والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل ، وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٤٠/١) : « وعماد القسم الليل » .
وجاء في الدر المختار (٢٠٨/٣) : « لو كان عمله ليلًا كالحارس ، ذكر الشافعية أنه يقسم نهارًا ، وهو حسن » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢٨٧/٨) : « وعماد القسم الليل ، لأنه سَكَن ، فقال : ﴿ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا ﴾ . فإن كان عند الرجل حرائر مسلمات وذميات ، فهن في القسم سواء » .

وجاء في شرح المحلي على المنهاج (٣٠٢/٣) : « (وله أن يرتب القسم على ليلة ويوم قبلها أو بعدها ، والأصل الليل ، والنهار تَبَع) لأن الليل وقت السكون ، والنهار وقت التردد في الحوائج ، قال تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلَّيْلَ لِتَسْكُنُواْ فِيهِ وَٱلنَّهَارَ مُبْصِرًا ﴾ ، وقال : ﴿ وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ لِبَاسًا ۝ وَجَعَلْنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا ﴾ (فإن عمل ليلًا وسكن نهارًا كحارس فعكسه) أي : الأصل في حقه النهار ، والليل تابع له » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٤/٤) : « (ص) وندب الابتداء بالليل (ش) =

٩٩٢ - ولم يقدر الشارع زمنًا معينًا يلزم الزوج الإقامة فيه عند كل منهن ، بل جعل تعيين مقداره للزوج ، وكذا في البداءة ، فله أن يقدره بـ : يوم وليلة ، أو ثلاثة أيام ، أو سبعة ، أو أكثر من ذلك . ولكن حيث إن وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة ، وجب أن تعتبر المدة القريبة ، فلا تزيد عن جمعة ؛ لأن في الزيادة عليها مضارة بها . فلو أراد أن يدور سنة سنة ، فلا يظن إباحة ذلك له كما ذكره في الفتح بحثًا ، وهو ظاهر (١) .

٩٩٣ - والتسوية الواجبة عليه بين الزوجات تكون ليلًا ، فيعاشر فيه إحداهن بقدر ما يعاشر الأخرى ؛ لأنه لدفع الوحشة ، فلا يلزم بذلك نهارًا ، إلا إذا كانت حرفته الاشتغال ليلًا كالخفير مثلًا ، فالتسوية منه تكون نهارًا .

(مادة ١٥٥)

لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَ إِحْدَاهُنَّ أَكْثَرَ مِنَ الدَّوْرِ الَّذِي قَدَّرَهُ إِلاَّ بِإِذْنِ الأُخْرَى ، وَلاَ يَدْخُلُ عَلَيْهَا إِلاَّ لِعِيَادَتِهَا إِنْ كَانَتْ مَرِيضَةً . فَإِنِ اشْتَدَّ الْمَرَضُ ، فَلاَ بَأْسَ بِإِقَامَتِهِ عِنْدَهَا حَتَّى يَحْصُلَ لَهَا الشِّفَاءُ (٢) .

* * *

= أي : وندب الابتداء بالقسم بين الزوجات بالليل ، لأنه وقت الإيواء للزوجات ، وله أن يعكس » .
قول الحنابلة : جاء في مطالب أولي النهى (٥/٢٧٤ ، ٢٧٥) : « (وعماد القسم الليل) لأنه يأوي فيه الإنسان إلى منزله ، ويسكن إلى أهله ، وينام على فراشه مع زوجته عادة ، والنهار للمعاش والاشتغال . قال تعالى : ﴿ وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ لِبَاسًا ۝ وَجَعَلْنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا ﴾ (والنهار يتبعه) أي : الليل ، فيدخل في القسم تبعًا ، لما روي أن سودة وهبت يومها لعائشة . متفق عليه . وقالت عائشة : قُبض رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي . وإنما قُبض نهارًا ، ويتبع اليوم الليلة الماضية ، إلا أن يتفقوا على عكسه (وعكسه من معيشته بليل كحارس) فعماد قسمه النهار ، ويتبعه الليل (وله) أي : الزوج (نهار قسم أن يخرج لمعاشه وقضاء حقوق وما جرت عادة به ، ولصلاة عشاء وفجر) ولو قبل طلوعه كصلاة النهار . قال في شرح الإقناع : قلت : لكن لا يعتاد الخروج قبل الأوقات إذا كان عند واحدة دون الأخرى ، لأنه غير عدل بينهما ، أما لو اتفق ذلك في بعض الأحيان أو لعارض فلا بأس » .

(١) جاء في فتح القدير (٣/٤٣٤) : « واعلم أن هذا الإطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته ، فإنه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن إطلاق ذلك له ، بل ينبغي أن لا يطلق له مقدار مدة الإيلاء وهو أربعة أشهر ، وإذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة ، وأظن أكثر من جمعة مضارة إلا أن ترضيا به والله أعلم » .

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢/٢٦) : « ولا يجامع المرأة في غير يومها ، ولا يدخل بالليل على التي لا قسم لها . ولا بأس أن يدخل عليها بالنهار لحاجة ، ويعودها في مرضها في ليلة غيرها . وإن ثَقُلَ مرضها ، فلا بأس أن يقيم عندها حتى تشفى أو تموت » .

وجاء في الدر المختار (٣/٢٠٧) : « لو جاء للأولى بعد الغروب ، وللثانية بعد العشاء ، فقد ترك القسم . ولا =

٩٩٤ - ومتى عين الزوج مقدار الدور ، وجب السير على مقتضاه ، فليس له أن يقيم عند إحداهن أكثر من الدور الذي عينه ، لتعلق حق كل منهن بزمن مخصوص ، فليس له أن يصرفه لغيرها إلا بإذنها ؛ لأنها صاحبة الحق ، اللَّهم إلا إذا كان هناك ما يستوجب ذلك ، كما إذا كانت مريضة ، فلا بأس بأن يدخل عليها لعيادتها . فإن اشتد بها المرض ، وليس هناك من يمرضها ، فلا بأس بإقامته عندها إلى أن يحصل لها الشفاء .

(مادة ١٥٦)

إِذَا تَرَكَتْ إِحْدَاهُنَّ نَوْبَتَهَا إِلَى غَيْرِهَا مِنْ ضَرَائِرِهَا ، صَحَّ تَرْكُهَا ، وَلَهَا الرُّجُوعُ فِي

= يجامعها في غير نوبتها ، وكذا لا يدخل عليها إلا لعيادتها ولو اشتد ، ففي الجوهرة : لا بأس أن يقيم عندها حتى تشفى أو تموت . يعني : إذا لم يكن عندها من يؤنسها » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٥/٢٠٦ ، ٢٠٧) : « ولا يضيق عليه أن يدخل عليها في أي يوم أو أي ليلة شاء من ليالي نسائه » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٤/٤) : « (ص) ولا يدخل على ضَرَّتها في يومها إلا لحاجة (ش) يكمل لكل واحدة من نسائه في القسم يومًا وليلةً ، ونبه بهذا الكلام على أنه لا يجوز له أن يدخل على ضرتها في ذلك الزمان إلا لحاجة ضرورية غير الاستمتاع ، كمناولة ثوب وشبهه ، ولا يقيم . ولو أمكنه الاستنابة في تلك الحاجة على الأشبه بالمذهب » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٣٤) : « وأما الدخول على ضَرَّتِها في زمنها ، فإن كان ليلًا لم يَجُزْ إلا الضرورة ، مثل أن تكون منزولًا بها ، فيريد أن يحضرها ، أو توصي إليه ، أو ما لا بد منه . فإن فعل ذلك ولم يلبث أن خرج ، لم يَقْضِ . وإن أقام وبرئت المرأة المريضة ، قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها . وإن خرج لحاجة غير ضرورية ، أثم . والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة ؛ لأنه لا فائدة في قضاء اليسير . وإن دخل عليها ، فجامعها في زمن يسير ، ففيه وجهان : أحدهما لا يلزمه قضاؤه ، لأن الوطء لا يستحق في القسم ، والزمن اليسير لا يقضى . والثاني : يلزمه أن يقضيه ، وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة المجامعة ، فيجامعها ، ليعدل بينهما . ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن ، فأشبه الكثير .

وأما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها ، فيجوز للحاجة ، من : دفع النفقة ، أو عيادة ، أو سؤال عن أمر يُحتَاج إلى معرفته ، أو زيارتها لبُعْدِ عهده بها ، ونحو ذلك ، لما روت عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يدخل عليّ في يوم غَيْرِي ، فينال مني كل شيء إلا الجماع . وإذا دخل إليها لم يجامعها ، ولم يُطِل عندها ؛ لأن السكن يحصل بذلك ، وهي لا تستحقه . وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان ، أحدهما : يجوز لحديث عائشة . والثاني : لا يجوز ، لأنه يحصل لها به السكن ، فأشبه الجماع . فإن أطال المقام عندها ، قضاه . وإن جامعها في الزمن اليسير ، ففيه وجهان على ما ذكرنا . ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا ، إلا أنهم قالوا : لا يقضي إذا جامع في النهار . ولنا : أنه زمن يقضيه إذا طال المقام ، فيقضيه إذا جامع فيه كالليل » .

الْمُسْتَقْبَلِ إِنْ طَلَبَتْ ذَلِكَ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٣٧٤/١ ، ٣٧٥) : « (وإن وهبت قسمها لضرتها صح) والهبة هنا مجاز عن العطية (ولها) أي : للواهبة (أن ترجع) عن هبتها في المستقبل ، لأنها أسقطت حقًّا لم يجب بعد فلا يسقط . وفيه إشعار بأنها لو جعلت لزوجها مالًا أو حطته من مهرها ليزيد قسمها ، كان لها الرجوع بما أعطته . وكذا لو زاد الزوج في مهرها ، ليجعل يومها لغيرها ؛ لأنه رشوة وهي حرام كما في العناية » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج ٤٢٤/٤ : « (ومن وهبت) منهن (حقها) من القسم لغيرها (لم يلزم الزوج الرضا) بذلك ؛ لأنها لا تملك إسقاط حقه من الاستمتاع ، فله أن يبيت عندها في ليلتها (فإن رضي) بالهبة (ووهبت لمعينة) منهن (بات عندها ليلتيهما) كل ليلة في وقتها متصلتين كانتا أو منفصلتين وإن كرهت ، كما فعل ﷺ لما وهبت سودة نوبتها لعائشة رضي الله تعالى عنهما . كما في الصحيحين . وهذه الهبة ليست على قواعد الهبات ، ولهذا لا يشترط رضا الموهوب لها ، بل يكفي رضا الزوج ؛ لأن الحق مشترك بينه وبين الواهبة ، إذ ليس لنا هبة يقبل فيها غير الموهوب له مع تأهله للقبول إلا هذه (وقيل) في المنفصلتين (يواليهما) بأن يقدم ليلة الواهبة على وقتها ويصلها بليلة الموهوبة ، أو يقدم ليلة الموهوبة على وقتها ويصلها بليلة الواهبة ؛ لأنه أسهل عليه والمقدار لا يختلف . وعُورِض ذلك بأن فيه تأخير حق من بين الليلتين ، وبأن الواهبة قد ترجع بينهما في الشق الأول ، والموالاة تفوت حق الرجوع عليها . وقيده ابن الرفعة أخذًا من التعليل بما إذا تأخرت ليلة الواهبة . فإن تقدمت وأراد تأخيرها ، جاز . قال ابن النقيب : وكذا لو تأخرت ، فأخر ليلة الموهوبة إليها برضاها تمسكًا بهذا التعليل . وهذا ظاهر ، ومحل بيانه عند الموهوبة ليلتين ما دامت الواهبة تستحق القسم ، فإن خرجت عن ذلك لم يبت عند الموهوبة إلا ليلتها (أو) وهبت (لهن) كلهن أو أسقطت حقها من القسم مطلقًا (سَوَّى) بينهن فيه جزمًا ، فتجعل الواهبة أو المسقطة كالمعدومة ، ويقسم للباقيات (أو) وهبت (له) فقط (فله التخصيص) لواحدة فأكثر بنوبة الواهبة ، لأنها جعلت الحق له ، فيضعه حيث شاء ، ويأتي في الاتصال والانفصال ما سبق (وقيل : يسوي) بينهن ولا يخصص ؛ لأن التخصيص يورث الوحشة والحقد ، فتجعل الواهبة كالمعدومة . ولو وهبت له ولبعض الزوجات أو له وللجميع ، لم أر من تعرض لهذه المسألة ، وقد سألتُ شيخي عنها ، فأجاب بأن : حقها يقسم على الرءوس ، كما لو وهب شخص عينًا لجماعة ، والتقدم بالقرعة . وللواهبة الرجوع متى شاءت ، فإذا رجعت خرج فورًا ، ولا يرجع في الماضي قبل العلم بالرجوع . فإن بات الزوج في نوبة واحدة عند غيرها ، ثم ادعى أنها وهبت حقها ، وأنكرت ، لم يقبل قوله إلا بشهادة رجلين » .

قول المالكية : جاء في فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك (٣١٥/١) : « إذا وهبت الزوجة يومها لضَرَّتها ، أو لزوجها ، أو أسقطت حقها من القسم ، فلها الرجوع متى شاءت . قال في آخر كتاب النكاح الثاني من المدونة : وإذا رضيت امرأة بترك أيامها وفي الأثرة عليها على أن لا يطلقها ، جاز ، ولها الرجوع متى شاءت ، فإما عدل أو طلق . قال اللخمي : وسواء كانت الهبة مقيدة بوقت أو للأبد ؛ لأن ذلك مما تدركها فيه الغَيْرَة ، ولا تقدر على الوفاء بما وهبت إلا أن يكون اليوم واليومين » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٥١/٣ ، ٥٢) : « (ولها) أي : الزوجة (هبة نوبتها) من القسم (بلا مال لزوج يجعله لمن شاء) من ضَرَّاتها ، لأن الحق لا يخرج عن الواهبة والزوج (و) للزوجة هبة نوبتها بلا مال (لضَرَّة) معينة (بإذنه) أي : الزوج (ولو أبت) ذلك (موهوب لها) لثبوت حق الزوج في=

٩٩٥ – وإذا تركت إحداهن نوبتها إلى غيرها من ضرائرها ، صح ، لأنه حقها ، فلها أن تعطيه لمن شاءت . وقد صح أن سَوْدة بنت زَمْعَة وهبت نوبتها لعائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . ولكن لو طلبت الرجوع في المستقبل ، فلها ذلك ؛ لأن الإسقاط لم يكن لشيء واجب وقته ، فلا يسقط ، فلها الرجوع .

(مادة ١٥٧)

لَا قَسْمَ فِي السَّفَرِ ، بَلْ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِمَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ ، وَالْقُرْعَةُ أَحَبُّ . وَلَيْسَ لِلَّتِي لَمْ تُسَافِرْ مَعَهُ أَنْ تَطْلُبَ مِنْهُ بَعْدَ عَوْدِهِ الإِقَامَةِ عِنْدَهَا قَدْرَ مَا أَقَامَ فِي السَّفَرِ مَعَ الَّتِي سَافَرَ بِهَا (١) .

* * *

= الاستمتاع بها كل وقت ، وإنما منعته المزاحمة في حق صاحبتها . فإذا أزالت المزاحمة بهبتها ، ثبت حقه في الاستمتاع بها . وإن كرهت كما لو كانت منفردة . ووهبت سودة يومها لعائشة ، فكان رسول اللّه ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة . متفق عليه . فإن كان بمال لم يصح ؛ لأن حقها كون الزوج عندها ، وهو لا يقابل بمال . فإن أخذت الواهبة عليه مالًا وجب رده ، وقضى لها زمن هبتها ، وإن كان العوض غير مال كإرضاء زوجها عنها ، جاز لقصة عائشة وصفية له (وليس له) أي : الزوج (نقله) أي : زمن قسم الواهبة (ليلي ليلتها) أي : الموهوب لها إلا برضا الباقيات ، فإن رضين جاز ؛ لأن الحق لا يعدوهن ، وإلا جعله للموهوب لها في وقت الواهبة ، لقيام الموهوب لها مقام الواهبة في ليلتها ، فلم تغير عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة (ومتى رجعت) واهبة لليلتها (ولو في بعض ليلة) عاد حقها في المستقبل ، لأنها هبة لم تقبض ، و(قَسَم) لها وجوبًا فيرجع إليها (ولا يقضي بعضًا) من ليلة (لم يعلم به) أي : لرجوعها فيه (إلى فراغها) أي : الليلة لتفريطها » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٣/٢) : « ولا قسم على الزوج إذا سافر ، حتى لو سافر بإحداهما ، وقدم من السفر ، وطلبت الأخرى أن يسكن عندها مدة السفر ، فليس لها ذلك ، لأن مدة السفر ضائعة ، بدليل أن له أن يسافر وحده دونهن ، لكن الأفضل أن يُقْرِع بينهن ، فيخرج بمن خرجت قرعتها ، تطييبًا لقلوبهن دفعًا لتهمة الميل عن نفسه ، هكذا كان يفعل رسول اللّه ﷺ إذا أراد السفر أقرع بين نسائه » .

قول الشافعية : جاء في الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٢٢٣/٤ ، ٢٢٤) : « (والزوج إن سافر) ولو سفرًا قصيرًا (لا لنقله) كتفرج (بالبعض) من نسائه (بالقرعة كان) حق المقيمة (مثله) أي : مثل ما فات على الواهبة قبل العلم بالرجوع ، فيضيع عليها ، ففي الصحيحين : أنه ﷺ كان إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه . ولم ينقل عنه قضاءٌ بعد عَوْدِهِ ، فصار سقوط القضاء من رخص السفر لمشقته . وقيد الغزالي ذلك بما إذا كان السفر مرخصًا . قال الشيخان : وهذا يقتضي وجوب القضاء في سفر المعصية (لا) ما فات على المقيمة (مدة المقيم) في طريقه أو مقصده إقامة تمنع القصر ، فإنه لا يضيع . فلو أقام لشغل لا يتجزأ دون أربعة أيام ، قضى مدة إقامته ، وكذا لو أقام لشغل ينتظره ، ومضى ثمانية عشر يومًا ، =

٩٩٦ - والقسم بين الزوجات إنما يجب حال الحضر لا السفر، فله أن يسافر بمن شاء منهن ، ولكن القرعة بينهن مستحبة . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : هي واجبة ، لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ كان إذا أراد السفر أقرع بين نسائه ، وأيتهن خرجت قرعتها خرج بها (١).

٩٩٧ - ولنا : أنه لا حق لهن في حالة السفر حتى كان للزوج ألا يستصحب واحدة منهن ، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن أو أكثر بلا إذن من صاحبتها وبلا قرعة ، ولأنه قد يثق بإحداهما في السفر وبالأخرى في الحضر وبالبقاء في المنزل لحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة ، أو يمنع من سفر إحداهما كثرة سمنها وعدم نشاطها ، والسفر تلزمه الخفة ، فتعين من يخاف صحبتها في السفر لخروج قرعتها إلزام بالضرر الشديد ، وفعله عليه الصلاة والسلام يدل على الاستحباب ، ونحن نقول به تطمينًا لقلوبهن .

٩٩٨ - والدليل عليه : أنه عليه الصلاة والسلام لم تكن التسوية واجبة عليه في الحضر ، وإنما كان يفضله تفضيلًا ، لقوله تعالى : ﴿ تُرْجِي مَن تَشَآءُ مِنْهُنَّ وَتُـْٔوِيٓ إِلَيْكَ مَن تَشَآءُ ﴾ (٢) .

٩٩٩ - ويترتب على ذلك : أنه لا حق للتي لم يسافر بها في مطالبته بعد العودة منه بالإقامة عندها قدر ما أقام في السفر مع التي سافر بها ؛ لأن وجوب التسوية إنما يكون في وقت استحقاق القسم عليه ، وفي حالة السفر ليس بمستحق ، فلا تجب التسوية ، فلا

= فيقضي ما زاد عليها من مدة الإقامة ، ولا يقضي مدة الرجوع على الأصح . ولو نوى الإقامة ببلد ، وكتب إلى الباقيات ، يستحضرهن ، وجب القضاء من وقت كتابته على أحد وجهين في الروضة كأصلها . قال البلقيني : وهو الأصح . بل الصواب قال الماوردي : هذا كله إذا ساكنها ، فإن اعتزلها مدة الإقامة ، لم يقض » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢/٣٤٣) : « (وإن سافر) الزوج ، أي : أراد السفر (اختار) من شاء منهن للسفر معه (إلا في) سفر (الحج والغزو فيقرع) لأن المشاحة تَعْظُم في سفر القُرُبات (وتؤولت بالاختيار مطلقًا) ولو في حج وغزو ، وهو اختيار ابن القاسم » .

قول الحنابلة : جاء في القواعد لابن رجب (ص ٣٥٥) : « إذا أراد السفر بإحدى زوجاته أو البداءة بها لم يجز بدون قرعة إلا أن يرضى البواقي بذلك » .

(١) صحيح البخاري (كتاب : الهبة وفضلها والتحريض عليها / باب : هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفيهة / ٢٥٩٣) ، وصحيح مسلم (كتاب : التوبة / باب : في حديث الإفك وقبول توبة القاذف / ٢٧٧٠) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في القسم بين النساء / ٢١٣٨) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : القسمة بين النساء / ١٩٧٠) .

(٢) الأحزاب : ٥١ .

تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها فلا تطالبه بها .

(مادة ١٥٨)

إِذَا مَرِضَ الزَّوْجُ فِي بَيْتٍ لَهُ خَالٍ عَنْ أَزْوَاجِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَدْعُوَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عِنْدَهُ فِي نَوْبَتِهَا .

وَلَوْ مَرِضَ فِي بَيْتِ إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى التَّحَوُّلِ إِلَى بَيْتِ الأُخْرَى ، فَلَهُ أَنْ يُقِيمَ بِهِ حَتَّى يُشْفَى ، بِشَرْطِ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَ الأُخْرَى بَعْدَ الصِّحَّةِ بِقَدْرِ مَا أَقَامَ مَرِيضًا عِنْدَ ضَرَّتِهَا (١) .

* * *

١٠٠٠ - ولا فرق في وجوب العدل على الزوج بين كونه صحيحًا أو مريضًا، فإن مرض في بيت له خالٍ عن أزواجه ، فله أن يدعو كل واحدة منهن عنده في نوبتها .

١٠٠١ - ولو مرض في بيت إحدى زوجاته : فإن كان يمكنه التحول إلى بيت الأخرى ، انتقل إليه بعد انتهاء مدة من مرض في بيتها . وإن كان لا يقدر على التحول ، فبعد شفائه يلزمه الإقامة عند الأخرى بقدر ما أقام مريضًا عند ضرتها ، وهو ظاهر .

(مادة ١٥٩)

إِذَا أَقَامَ الزَّوْجُ قَبْلَ تَعْيِينِ مِقْدَارِ الدَّوْرِ وَتَرْتِيبِهِ عِنْدَ إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ مُدَّةً كَشَهْرٍ فِي غَيْرِ السَّفَرِ ، فَخَاصَمَتْهُ الأُخْرَى ، يَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِالْعَدْلِ بَيْنَهُمَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، وَيَنْهَاهُ عَنِ الْجَوْرِ . فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ ، يُعَزَّرُ ، وَيُوجَعُ عُقُوبَةً بِغَيْرِ الْحَبْسِ .

* * *

١٠٠٢ - وبما أن وجوب العدل لحق الزوجة (٢) ، فإذا لم تطالب به أو أسقطته ، فلا حرج عليها ، لأنه حقها . وإذا طالبت به ، ألزمه القاضي بذلك .

١٠٠٣ - فإذا أقام الزوج عند إحدى زوجتيه مدة من الزمن ، وكان ذلك قبل تعيين

---

(١) قول الحنفية : جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (١٩٧/٣٣ ، ١٩٨) : « لو مرض الزوج في بيته ، دعا كل واحدة في نوبتها ؛ لأنه لو كان صحيحًا وأراد ذلك ينبغي أن يُقْبَل منه » .

(٢) في الأصل : [المرأة] وما أثبتناه من الشرح لأنه الأوجه .

مقدار الدور وترتيبه ، فما دامت الأخرى لم تطالبه ، فلا حرج عليه . فإن رفعت أمرها إلى الحاكم ، قضى عليه بأن يستعمل العدل بينهما في المستقبل ، وأهدر ما مضى ، وإن أثم ؛ لأن القسمة تكون فيه بعد الطلب . فإن امتثل فبها ، وإن عاد بعد ما نهاه القاضي ، عزره وأوجعه عقوبة بحسب حاله ، وأمره بالعدل ؛ لأنه أساء الأدب ، وارتكب ما هو محرم وهو الجور ، فيعزر في ذلك ، ولا يعزر في المرة الأولى . وإذا عزر فتعزيره يكون بما يليق به ؛ لأن التعزير يختلف باختلاف الناس ، ولكن لا يكون هنا بالحبس ؛ لأن الحق لا يستدرك هنا بالحبس ، وهو ظاهر [1] .

---

(١) جاء في **قانون الأحوال الشخصية المغربي** : المبادئ العامة للنفقة: « مفهوم النفقة يشمل الطعام والكسوة والتمريض والإسكان وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

« تجب نفقة الزوجة بالدخول أو بالدعوة إليه بعد أن يكون الزوج قد عقد على زوجته عقدا صحيحا.

جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (١) : تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه فى الدين .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة . وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع .

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت ، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق ، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج أو خرجت دون إذن زوجها .

ولا يعتبر سببًا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون إذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع مالم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق ، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه . وتعتبر نفقة الزوجة دينًا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ، ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقه الأخرى .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٦٨) أ - تجب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح إذا لم تمتنع عن تسليم نفسها إليه .

ب - تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتطبيب وكل ما به مقومات حياة الإنسان حسب العرف .

ج - تستحق نفقة الزوجية من تاريخ الامتناع عن الإنفاق .

الباب الثاني
في النفقة الواجبة على الزوج للزوجة (١)

الفصل الأول
في بيان من تستحق النفقة من الزوجات

(مادة ١٦٠)

تَجِبُ النَّفَقَةُ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ عَلَى الزَّوْجِ وَلَوْ : فَقِيرًا ، أَوْ مَرِيضًا ، أَوْ عَنِينًا ، أَوْ صَغِيرًا لاَ يَقْدِرُ عَلَى الْمُبَاشَرَةِ ، لِلزَّوْجَةِ : غَنِيَّةً كَانَتْ أَوْ فَقِيرَةً ، مُسْلِمَةً أَوْ غَيْرَ مُسْلِمَةٍ ، كَبِيرَةً أَوْ صَغِيرَةً ، تُطِيقُ الوِقَاعَ أَوْ تَشْتَهِي لَهُ (٢) .

* * *

١٠٠٤ - اعلم أن النفقة هي : اسم للشيء الذي ينفقه الإنسان على عياله وزوجته وأقاربه ومملوكه . وذلك يشمل : الطعام ، والكسوة ، والسكنى .

١٠٠٥ - وهي واجبة بـ : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، ونوع من المعقول . أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ (٣) ، وقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (٤) .

١٠٠٦ - وأما السنة : فما روي من أن رسول اللَّه ﷺ قال في خطبته في حجة الوداع بالنسبة للزوجات : « **ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف** » (٥) . وعن جابر

---

(١) صحيح مسلم (كتاب : الزكاة / باب : الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة / ٩٩٧) ، وسنن النسائي (كتاب : الزكاة / باب : أي الصدقة أفضل / ٢٥٤٦) .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (١٨٧/٥) : « وإن كان الزوج صغيرًا لا مال له ، لم يؤخذ الأب بنفقة زوجته ، إلا أن يكون ضمنها ؛ لأن استحقاق النفقة على الزوج كاستحقاق المهر » .

وجاء في تبيين الحقائق (٣/) : « تجب - أي : النفقة - للحائض والنفساء والمريضة والرتقاء والعجوز التي لا يجامع مثلها » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٧٧/٢) : « إذا تزوج المرأة البالغة ، فدعته إلى أن يدخل بها ، فلا نفقة لها عليه ، وليس لها أن تقبض الصداق حتى يبلغ الغلام حد الجماع » .

(٣) الطلاق : ٧ . (٤) البقرة : ٢٣٣ .

(٥) صحيح مسلم (كتاب : الحج / باب : حجة النبي / ١٢١٨) ، وسنن أبي داود (كتاب : المناسك / باب : صفة حجة النبي / ١٩٠٥) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : المناسك / باب : حجة رسول اللَّه / ٣٠٧٤) .

أن رسول الله ﷺ قال لرجل: « **ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء فلأهلك ، فإن فضل شيء فلذي قرابتك** » [1].

١٠٠٧ - وأما الإجماع : فلأن الأمة أجمعت على أن النفقة والكسوة واجبتان للزوجة على زوجها .

١٠٠٨ - وأما المعقول : فلأن النفقة وجبت جزاء الاحتباس ، فمن كان محبوسًا لحق شخص ، كانت نفقته عليه ، لعدم تفرغه لحاجة نفسه . وأصل هذا القاضي والوالي والعامل في الصدقات والمفتي والمقاتلة والوصي ، فإن نفقة هؤلاء واجبة لهم في مالِ مَنْ هم محبوسون لحقه .

١٠٠٩ - ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ، منها : الزوجية ، والقرابة ، والملك . والغرض الآن بيان نفقة الزوجة ، فتجب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح ، أي : سواء زفت إليه أو لم تزف ، إذا لم تمتنع عن الزفاف إليه بغير حق ، لما عرفت أن النفقة قد تكون جزاء الاحتباس ، فكل من كان محبوسًا لحق مقصود لغيره ، كانت نفقته عليه . والزوجة كذلك بالنسبة للزوج ، فتجب نفقتها عليه .

١٠١٠ - فإن كان هناك مانع من الاستمتاع بها : فإما أن يكون من جهته ، أو من جهتها . فإن كان من جهته ، كما إذا كان مريضًا أو عنينًا أو مجبوبًا أو صغيرًا لا يقدر على المباشرة ، وجبت عليه ولو كان فقيرًا ؛ لأن العجز من قبله ، والسبب موجود ، فتجب .

١٠١١ - وإن كان من جهتها ، كما إذا كانت صغيرة لا تطيق الوقاع ولا تشتهي له ، فلا تجب عليه ؛ لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها ، والسبب وإن كان موجودًا وهو الاحتباس إلا أنه لا يكون موجبًا إلا إذا كان وسيلة إلى المقصود المستحق بالنكاح ، ولم يوجد ، فلم تجب .

١٠١٢ - وبما أن السبب هو الاحتباس ، فلا ينظر لكونها غنية أو فقيرة مسلمة أو كتابية صغيرة أو كبيرة ، بل الكل سواء ، لقيام السبب . وقال بعض المتأخرين : لا تستحق النفقة إذا لم تزف إلى بيت الزوج . والفتوى على الأول ؛ وهو وجوب النفقة

---

(١) أخرجه مسلم في الزكاة (٩٩٧) .

إذا لم يطالبها بالنقلة [١] .

(مادة ١٦١)

تَجِبُ النَّفَقَةُ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا ، وَلَوْ هِيَ مُقِيمَةٌ فِي بَيْتِ أَبِيهَا ، مَا لَمْ يُطَالِبْهَا الزَّوْجُ بِالنُّقْلَةِ وَتَمْتَنِع بِغَيْرِ حَقٍّ [٢] .

* * *

١٠١٣ - وبما أنك قد عرفت مما تقدم أن النفقة تجب من حين العقد الصحيح ، لأنها جزاء الاحتباس ، وهو موجود وإن لم تزف ، فتجب عليه ولو مقيمة في بيت أبيها .

١٠١٤ - فإن طالبها الزوج بالنقلة إلى منزله ، وامتنعت : فإما أن يكون امتناعها

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٧٢) : ١ - تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالنقلة وامتنعت بغير حق .
٢ - يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع معجل المهر أو لم يهيئ المسكن الشرعي .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لزوم النفقة : المادة (٦٧) : تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها بالنقلة وامتنعت بغير حق شرعي ولها حق الامتناع عند عدم دفع الزوج لها مهرها المعجل أو عدم تهيئته مسكنًا شرعيًا لها .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين الطرابلسي (ص ١٥٠) : « تزوج كبيرة ، وطلبت النفقة وهي في بيت الأب بعد ، فلها ذلك لو لم يطالبها الزوج بالنقلة ؛ إذ النفقة حقها والنقلة حق الزوج ، فإذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقها وهو لا يبطل حقها . وبه يفتى . وقيل : لا نفقة لها إذا لم تزف إلى زوجها » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٦٧/٥) : « (فإن لم تعرض عليه) زوجته (مدة) مع سكوته عن طلبها ولم تمتنع (فلا نفقة) لها (فيها) على الجديد لعدم التمكين وتجب على القديم » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (١٨٢/٤) : « المرأة إذا مكنت من نفسها ؛ فإنه يجب لها النفقة ، وظاهر كلامه أن مجرد تمكينها من نفسها يوجب النفقة على الزوج ، وذلك يصدق بما إذا لم تمتنع من الدخول ولم تطلب به الزوج ، وهو قول عبد الملك ، وظاهر المدونة أن النفقة إنما تجب على الزوج إذا دعا إلى الدخول ، وهو المشهور من المذهب ، قال في كتاب النكاح الثاني من المدونة ، ولا يلزم من لم يدخل نفقة حتى يبتغى ذلك منه ويدعى للبناء ، فحينئذ تلزمه النفقة والصداق ، انتهى . قال أبو الحسن الصغير : قوله : يبتغى منه ، أي : يدعى إلى البناء ، وظاهره أن النفقة لا تلزم حتى يدعى إليها . قال ابن عبد الحكم : لها النفقة بالتمكين ، وإن لم تدعه إلى البناء » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٢٣٣/٣) : « (ومن امتنعت) من تسليم نفسها (أو منعها غيرها) وتكون نفقتها على المانع لها وليًا كان أو غيره (بعد دخول ولو لقبض صداقها) الحال (فلا نفقة لها) وكذا إن تساكتا بعد العقد فلم يطلبها الزوج ولم تبذل نفسها ولا بذلها وليها ، وإن طال مقامها على ذلك ؛ لأن النفقة في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح ولم يوجد » .

بحق ، أو بغير حق . فإن كان الأول كما إذا امتنعت ، ليهيِّئ لها منزلًا خاليًا عن أقاربه مثلًا ، فلا يسقط حقها في النفقة ؛ لأن لها الحق في هذا الطلب ، فليس المانع من جهتها ، بل من جهته ، وإذن فلا تسقط .

١٠١٥ – وإن كان الثاني ، كما إذا أبت النقلة إلا إذا طلق ضرتها مثلًا ، سقطت نفقتها ؛ لأنه لا حق لها في طلبها ، وله الحق في الامتناع عن إجابتها ، وتكون إذن ناشزة ، أي : خارجة عن طاعته بغير حق ، فتسقط النفقة [1] .

(مادة ١٦٢)

تَجِبُ النَّفَقَةُ لِلزَّوْجَةِ لَوْ أَبَتْ أَنْ تُسَافِرَ مَعَ زَوْجِهَا فِيمَا هُوَ مَسَافَةُ قَصْرٍ أَوْ فَوْقَهَا ، أَوْ مَنَعَتْ نَفْسَهَا لاسْتِيفَاءِ مَا تُعُورِفَ تَعْجِيلُهُ مِنَ الْمَهْرِ ، سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا أَوْ بَعْدَهُ [2] .

* * *

(١) **جاء في قانون الاحوال الشخصية القطري** : المادة (٦٩) لا تستحق الزوجة النفقة في الأحوال الآتية :
أ – إذا منعت نفسها من الزوج أو امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي .
ب – إذا تركت بيت الزوجية دون عذر شرعي .
ج – إذا منعت الزوج من الدخول إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي .
د – إذا امتنعت من السفر مع زوجها دون عذر شرعي .
هـ – إذا عملت خارج البيت دون موافقة زوجها ما لم يكن الزوج متعسفا في منعها من العمل.

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٤٥ ، ٥٤٦) : « فإن كان الزوج قد طالبها بالنقلة : فإن لم تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزوج ، فلها النفقة . فأما إذا امتنعت عن الانتقال : فإن كان الامتناع بحق بأن امتنعت لتستوفي مهرها ، فلها النفقة . وأما إذا كان الامتناع بغير الحق بأن كان أوفاها المهر أو كان المهر مؤجلًا أو وهبته منه فلا نفقة لها كذا في المحيط . ولو كان الزوج في بلدة أخرى قدر سفر ، فبعث إليها الحمولة والزاد حتى تنتقل إليه ، ولم تجد محرمًا ، ولم تذهب تستحق النفقة كذا في الوجيز للكردري . والأصل في هذه المسائل أنه ينظر للمرأة إن كانت لا تصلح للجماع ، فلا نفقة لها سواء كان الزوج يطيق الجماع أو لا ، وإن كانت المرأة تطيق الجماع فلها النفقة سواء كان الزوج يطيق الجماع ، أو لا يطيق ، كذا في المحيط » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٥/١٦٦ ، ١٦٧) : « واستثني من ذلك صورتان ، إحداهما : ما لو منعت نفسها لتسليم المهر المعين أو الحال ، فإن لها النفقة من حينئذ ، أما المؤجل فليس لها حبس نفسها له ، وإن حل خلافًا للإسنوي . الصورة الثانية : ما لو أراد الزوج سفرًا طويلًا . قال البغوي في فتاويه : لامرأته المطالبة بنفقة مدة ذهابه ورجوعه ، كما لا يخرج للحج حتى يترك لها هذا المقدار ، أي : إذا لم يستنب من يدفع لها ذلك يومًا بيوم » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٣/٢٥٧) : « الصداق إذا كان غير معين بأن كان مضمونًا في ذمة الزوج فإن للزوجة أن تمنع نفسها من زوجها أن يختلي بها إلى أن يدفع لها ما حل من صداقها ، وسواء كان حالًا من أصله أو حل عليه بالنجوم ، وكذلك لها أن تمنع نفسها من تمكين الزوج بها =

١٠١٦ - فإن أراد الزوج السفر بها ، وأبت أن تسافر معه ، فإن كان السفر مسافة قصر ، وهو السفر الذي يجوز قصر الصلاة الرباعية فيه بأن يصليها ركعتين ، أي : بأن كان السفر يستغرق ثلاثة أيام بالسير المتوسط مع الراحة المعتادة أو يزيد عن ذلك ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأن لها حقًّا في الامتناع .

١٠١٧ - وإن لم يكن السفر مسافة قصر ، وامتنعت ، سقطت نفقتها ، لامتناعها بغير حق ، سواء كان السفر بها من مصر إلى مصر ، أو من مصر إلى قرية ، أو من قرية إلى قرية ، أو من قرية إلى مصر .

١٠١٨ - وبعضهم يقول : إذا أراد نقلها من مصر إلى مصر أخرى ، فليس لها الامتناع عن السفر ، إلا إذا كان غير مأمون عليها .

١٠١٩ - وبعضهم يقول : إذا كان يمكنها الرجوع من المحل الذي يريد الانتقال إليه قبل الليل ، فله ذلك ، وإلا فلا .

١٠٢٠ - واختلفت عبارتهم في القول المفتى به ، وبالجملة فهذا المقام كثير النصوص اضطربت فيه الأقوال ، وتشعبت فيه الأفكار ، واختلفت عبارات الكتب في القول المفتى به . والذي يجب التعويل عليه والرجوع إليه تفويض الأمر إلى المفتي المسؤول عن الحادثة ، ولا ينبغي الأخذ بواحد من الأقوال على الإطلاق ، لأن الزوج قد يكون غير مأمون عليها ، ويريد نقلها من بين أهلها ، ليؤذيها أو يأخذ مالها ، فمن علم المفتي منه ذلك لا يحل له أن يفتيه بقهرها على السفر ؛ لأنا نعلم أن للقائل بهذا القول لا يريد به الجواز في مثل هذه الصورة .

= بعد اختلائه بها وقبل أن يصيبها إلى أن يسلم لها ما حل وسواء كانت الزوجة صحيحة أو معيبة أي طرأ بها العيب بعد العقد كالرتق والجنون ونحوهما أو كان العيب قبل العقد ورضي به الزوج ، وإنما كان لها منع نفسها حتى تقبض صداقها ؛ لأنها بائعة والبائع له منع سلعته حتى يقبض الثمن والسفر أي ولها أيضًا الامتناع من السفر معه إذا طلبها ولو بعد الوطء عند بعضهم موسرًا أو معسرًا . وعند ابن عبد السلام : لا منع لها منه بعد الوطء . وعند ابن يونس : إلا أن يكون موسرًا . وعند غيره : إذا أراد السفر بها إلى بلد لا تجري الأحكام فيه ، فلها المنع وغاية المنع من المذكورات (إلى تسليم ما حل) من المهر بالأصالة أو مؤجلًا فحل على المشهور » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٣/٨) : « للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها ؛ لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يستوفي منفعتها المعقود عليها بالوطء ، ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها ، بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن ، فإنه يمكنه الرجوع فيه ؛ فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولًا ، وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها ؛ لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها ، أمكن الرجوع فيه ، فإذا ثبت هذا ، فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها ، فلها نفقتها ؛ لأنها امتنعت بحق » .

١٠٢١ - وقد يتفق تزوج غريب بامرأة غريبة في بلده ، ولا يتيسر له فيها المعاش ، فيريد أن ينقلها إلى بلد يتيسر له فيها المعيشة ، سواء كانت بلده أو غيرها وهو مأمون عليها ، فمن علم المفتي منه ذلك لا يحل له أن يفتيها بالامتناع عن السفر ؛ لأنا نعلم يقينًا أن القائل بهذا القول لا يريد به المنع في مثل هذه الصورة ، بل قد يريد نقلها إلى بلدها ، كمن ذهب بزوجته إلى الحج مثلًا ، فأقام بها في مكة مدة ، ثم حج وامتنعت من السفر معه إلى بلده ، فهل يقول أحد بمنعه عن السفر بها وتركها وحدها تفعل ما أرادت .

١٠٢٢ - وقد يتفق أن الشخص يكون مستخدمًا في بلد ، فيتزوج فيها ، وتنقله المصلحة التابع هو لها إلى بلدة أخرى ويريد سفر زوجته معه ؛ لأن معيشته غير متيسرة في بلدها ، فهل يقول أحد بمنعه في هذه الحالة ، فتعين تفويض الأمر إلى المفتي ، وليس هذا خاصًا بمسألة السفر ، بل لو علم المفتي أنه يريد نقلها من نقطة إلى نقطة أخرى في البلدة بعيدة عن أهلها بقصد إضرارها ، لا يجوز له أن يعينه على ذلك بالفتوى .

١٠٢٣ - ومثل المفتي القاضي ، فإنه يحكم بحسب الظروف والأحوال ، فلا يتبع قولًا ، لما يترتب على ذلك من الإضرار بالزوج أو الزوجة . وأصل هذا كله قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ﴾ [(١)] . أي : لا تستعملوا معهن الضرر . فهذه الآية صريحة فيما قررناه .

١٠٢٤ - وأما إذا امتنعت الزوجة عن السفر أو عن الانتقال إلى بيت الزوج إلا إذا أخذت معجل مهرها ، فلها ذلك ، لأن لها الحق في هذا الطلب . فإذا كان امتناعها من ذلك ، لأخذ المؤجل من المهر قبل حلول الأجل ، فلا حق لها ؛ لأنها أسقطت حقها بالتأجيل ، فلا حق لها في الطلب إلا عند حلول الأجل .

١٠٢٥ - وحاصله : أنه إما أن يصرحا بتعجيل المهر كله ، أو بتعجيل البعض وتأجيل البعض الآخر ، أو بتأجيله كله ، أو يسكتا .

١٠٢٦ - فإن شرطا تعجيله ، فلها الامتناع حتى تستوفيه ، ولا اعتبار بالعرف إذا جاء التصريح بخلافه . وكذا إذا اشترطا حلول البعض ، فلها الامتناع حتى تقبض المشروط فقط .

١٠٢٧ - وأما إذا شرطا تأجيل الكل ، فليس لها الامتناع أصلًا ، لأنها أسقطت حقها بالتأجيل . وعن أبي يوسف : أن لها الامتناع استحسانًا ؛ لأنه لما طلب تأجيله كله ،

(١) الطلاق : ٦ .

فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع . وبعضهم يفتي بقول أبي يوسف استحسانًا ؛ لأن العادة جارية بتأخير الدخول عند تأخير جميع المهر .

١٠٢٨ - وأما أن سكتا عن التعجيل والتأجيل ، فينظر إلى العرف ، فإن كان العرف تعجيل بعضه وتأخير باقيه إلى الموت أو الميسرة أو الطلاق مثلًا ، فليس لها أن تمنع نفسها إلا إلى تسليم القدر المتعارف تعجيله ، فننظر إلى المرأة وإلى المهر كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من هذا المهر ، فيتعجل ذلك ولا يتقدر بالربع ولا بالخمس ، بل يعتبر المتعارف ، فإن الثابت عرفًا كالثابت نصًا ، بخلاف ما إذا اشترطا تعجيل الكل ؛ إذ لا عبرة بالعرف إذا جاء التصريح بخلافه .

١٠٢٩ - ويكون للزوجة الحق في هذا الامتناع ، سواء كان قبل الدخول بها أو بعده متى كان الدخول برضاها عند الإمام أبي حنيفة . وقال الصاحبان : إذا دخل بها مختارة ، فليس لها الحق في الامتناع بعد ذلك ؛ لأن المعقود عليه كله صار مسلمًا إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ، ولهذا يتأكد لها جميع المهر ، فلم يبق لها حق الحبس ، وذلك كالبائع إذا سلم المبيع .

١٠٣٠ - وله : أنها منعت عنه ما قابل البدل ؛ لأن كل وطأة تصرف في المحل المحترم فلا يخلو عن العوض إبانة لخطره ، والتأكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها ، فلا يصلح مزاحمًا للمعلوم . فإذا وجد آخر بالفعل ، وصار معلومًا ، تحققت المزاحمة ، وصار المهر مقابلًا بالكل ، وذلك نظير العبد إذا جنى جناية ، يدفع كله بها، فإذا جنى جناية أخرى وأخرى ، يدفع بجميعها .

١٠٣١ - وينبني على هذا الاختلاف استحقاق النفقة بعد الامتناع ، فعنده : تستحقها وليست بناشزة ، وعندهما : لا تستحقها وهي ناشزة . وبعضهم يفتي بقول أبي يوسف ومحمد في الامتناع من الوطء أو من الانتقال إلى بيت الزوج وبقول أبي حنيفة في السفر ، يعني : بعد الدخول لا تمنع نفسها ، ولو منعت لا نفقة لها كما هو مذهبهما ، ولا يسافر بها ، ولها الامتناع منه لطلب المهر ولها النفقة كما هو مذهبه .

١٠٣٢ - هذا بالنسبة لسفر الزوج بالزوجة ، فلو أراد أبوها السفر وأخذها معه، فللزوج منعه من ذلك إن أوفاها معجل مهرها .

(مادة ١٦٣)

إِذَا مَرِضَتِ الْمَرْأَةُ مَرَضًا يَمْنَعُ مِنْ مُبَاشَرَتِهَا بَعْدَ الزِّفَافِ وَالنُّقْلَةِ إِلَى مَنْزِلِ زَوْجِهَا أَوْ قَبْلَهَا ، ثُمَّ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ وَهِيَ مَرِيضَةٌ ، أَوْ لَمْ تَنْتَقِلْ وَلَمْ تَمْنَعْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَلَهَا النَّفَقَةُ عَلَيْهِ .

فَلَوْ مَرِضَتْ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ ، ثُمَّ انْتَقَلَتْ إِلَى بَيْتِ أَهْلِهَا ، فَإِنْ طَالَبَهَا الزَّوْجُ بِالنُّقْلَةِ ، وَلَمْ يُمْكِنْهَا الانْتِقَالُ بِمِحَفَّةٍ أَوْ نَحْوِهَا ، فَلَهَا النَّفَقَةُ . وَإِنِ امْتَنَعَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ مَعَ قُدْرَتِهَا عَلَى الانْتِقَالِ بِنَحْوِ مَا ذُكِرَ ، فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا (١) .

* * *

١٠٣٣ - وإن مرضت الزوجة مرضًا يمنع من مباشرتها : فإما أن يكون هذا المرض

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٨٦/٢) : « (وإذا مرضت في بيت زوجها ، فلها النفقة) لأنها مسلمة لنفسها والمنع من قبل الله ، فلا يؤثر ذلك في سقوط نفقتها . ولأن الاحتباس قائم ، فإنه يستأنس بها ويمسها ، وتحفظ البيت . والمانع إنما هو لعارض كالحيض . وعن أبي يوسف : إذا سلمت نفسها ثم مرضت ، فلها النفقة لتحقق التسليم ، وإن مرضت ثم سلمت لا تجب ؛ لأن التسليم لم يصح . وهذا حسن . وفي لفظ الكتاب إشارة إليه حيث قال : وإن مرضت في منزل الزوج . احترز عما إذا مرضت في بيت أبيها . قال ابن سماعة : سمعت أبا يوسف قال في الرتقاء : لا يلزمه نفقتها ، ما لم ينقلها ، فإذا نقلها فلها النفقة ، وليس له ردها بعد ذلك ؛ لأنه يمكنه الاستمتاع بها بغير الوطء كالحائض » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٣٤/٣) : « (فرع لا يسقطها عذر يمنع الجماع) عادة (كمرض ورتق) ، وقرن (وضنًا) أي : مرض مدنف (وحيض) ونفاس وجنون ، وإن قارنت تسليم الزوجة ؛ لأنها أعذار بعضها يطرأ أو يزول وبعضها دائم ، وهي معذورة فيها ، وقد حصل التسليم الممكن ، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه وفارق ما لو غصبت بخروجها عن قبضة الزوج وفوات التمتع بالكلية (وتسقط نفقتها بالحبس) لها (ولو ظلما) كما لو وطئت بشبهة فاعتدت ، وهذا علم من كتاب التفليس مع زيادة تتعلق بما هنا قال الأذرعي ولو حبسها الزوج بدينه فيحتمل أن لا تسقط نفقتها ؛ لأن المنع من قبله ، والأقرب أنها إن منعته منه عنادًا سقطت أو لإعسار فلا » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٥٠٤/٣) : « المريضة مرضًا يمنع الجماع إذا دعت الزوج إلى البناء والنفقة ، لزمه ذلك . قال : ومن دعته زوجته إلى البناء والنفقة ، وأحدهما مريض مرضًا لا يقدر معه على الجماع لزمه أن ينفق أو يدخل وإذا كانا صحيحين في العقد لم ينظر إلى ما حدث بهما من مرض إلا أن يكون مرضًا بلغ حد السياق فلا يلزمه ذلك والصداق أوجب من النفقة في هذه المسائل ؛ لأن لها منع نفسها حتى تقبضه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٣/٨) : « وإن بذلت الرتقاء ، أو الحائض ، أو النفساء ، أو النضوة الخلق التي لا يمكنه وطؤها ، أو المريضة ، تسليم نفسها ، لزمته نفقتها ، وإن حدث بها شيء من ذلك ، لم تسقط نفقتها ؛ لأن الاستمتاع ممكن ، ولا تفريط من جهتها وإن منع من الوطء ، ويفارق الصغيرة ، فإن لها حالًا يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعًا تامًّا ، والظاهر أنه تزوجها انتظارًا لتلك الحال ، بخلاف هؤلاء ، ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب » .

بعد الزفاف والانتقال إلى بيت الزوج ، أو قبله .

١٠٣٤ - فإن كان الأول : فإما أن تبقى ببيت الزوج ، أو تنتقل إلى بيت أهلها. فإن بقيت في منزل الزوج ، استحقت النفقة بالاتفاق ؛ لأنها سلمت نفسها ، وليس المانع من جهتها ، فلا تسقط نفقتها .

١٠٣٥ - وإن انتقلت إلى بيت أهلها لتمرض فيه : فإما أن يطالبها الزوج بالعودة إلى بيته ، أو لا . فإن لم يطالبها ، استحقت النفقة بالاتفاق أيضًا ، لأنها سلمت نفسها إلى الزوج ، وبانتقالها إلى منزل أبيها لتمرض فيه لا تعد ناشزة ، ولم تمنع نفسها عند الطلب ، لأنه لم يحصل ، فتستحق النفقة .

١٠٣٦ - وإن طالبها الزوج بالعودة إلى منزله : فإما أن يكون في إمكانها الانتقال إليه ، أو لا . فإن لم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة تحمل عليها ، فلها النفقة ؛ لأن إجابة طلبه غير ممكنة في هذه الحالة ، فلا تكون ناشزة ، فلا تسقط النفقة . وإن أمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة ، وامتنعت : فإما أن يكون امتناعها بحق ، أو بغير حق . فإن كان امتناعها بحق ، كما إذا قالت : لا انتقل إلا بعد أن تعطيني معجل صداقي ، أو : بعد أن تهيئ لي منزلًا للسكنى خاليًا من أهلك . استحقت النفقة أيضًا ، لأحقيتها في هذا الطلب . وإن كان امتناعها بغير حق ، سقطت نفقتها ؛ لأنها تكون ناشزة ، أي : خارجة عن طاعته بغير حق ، فلا تستحق عليه النفقة.

١٠٣٧ - وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كان مرض الزوجة قبل انتقالها إلى منزل الزوج: فإما أن يمكنها الانتقال ، أو لا يمكنها . فإن أمكنها الانتقال ، وجبت عليه النفقة ، إلا إذا منعت نفسها بغير حق .

١٠٣٨ - وإن لم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة ، فظاهر عبارة المادة وجوب النفقة أيضًا ؛ لأنه قال : « أو قبلها ، ثم انتقلت إليه وهي مريضة ، أو لم تنتقل ولم تمنع نفسها بغير حق ، فلها النفقة عليه » . وهو رأي بعضهم . وصريح مادة (١٤٧) أن النفقة لا تجب لها في هذه الحالة ، وهو قول آخر في المسألة . فعلى القول الأول لا نحتاج إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا مرضت بعدما زفت إلى منزل الزوج وانتقلت إلى بيت أهلها ولا يمكنها الانتقال أصلًا ، لأنه سوى بينهما في الحكم . والفرق على القول الثاني : أنها لما انتقلت إلى بيته ، فقد تحقق التسليم ، ولا تصير بعده ناشزة إلا إذا أمكنها الانتقال إليه وامتنعت ، بخلاف ما إذا لم يوجد تسليم أصلًا ، ومرضت ، فحيث لا يمكنها

الانتقال ، فلا نفقة لها ، لعدم التسليم أصلًا لا حقيقة ولا حكمًا . ويظهر من عباراتهم أن الفتوى على القول الثاني .

(مادة ١٦٤)

إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مَحْبُوسًا ، وَلَوْ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ لِزَوْجَتِهِ ، فَلاَ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ قَادِرٍ عَلَى أَدَائِهِ (١) .

* * *

١٠٣٩ - وإن حبس الزوج ، فلا تسقط نفقتها ، سواء قدر على أداء الدين الذي حبس لأجله ، أو لم يقدر ، أو حبس ظلمًا ؛ لأن الاحتباس هنا فات من جهة الزوج .

١٠٤٠ - ولا فرق بين أن تحبسه هي لدين لها عليه ، أو يحبسه غيرها . فإذا كانت هي السبب في حبسه ، وطلب أن تحبس معه ، فلا يجاب إلى ذلك، ولكن قال بعض المتأخرين : إذا خيف عليها الفساد ، تحبس معه . وهو حسن .

(مادة ١٦٥)

إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مُوسِرًا ، وَكَانَ لامْرَأَتِهِ خَادِمَة ، تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا بِقَدْرِ مَا يَكْفِيهَا عَلَى

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٩/٤) : « لو كان الزوج مجبوبًا ، أو عنينًا ، أو محبوسًا في دين ، أو مريضًا لا يقدر على الجماع ، أو خارجًا للحج ، فلها النفقة » .

قول الشافعية : جاء في فتاوى الرملي (٣٦٠/٣ ، ٣٦١) : « (سئل) عن شخص حبسته زوجته على دين لها عليه ؛ فهل يجب لها عليه نفقة وهو بالسجن والحال أنه معسر ؟

(فأجاب) بأنه لا تجب لها عليه نفقة ولا كسوة لمدة حبسه للحيلولة بينه وبينها بسببها ، كما لو حبست ولو ظلمًا بل أولى لتمكنها من إطلاقه أو تمكينه منها حال كونه محبوسًا » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٥/٤) : « لا تسقط نفقتها بحبس زوجها في دين ترتب عليه لها أو لغيرها ، لاحتمال أن يكون معه مال وأخفاه ، فيكون متمكنًا من الاستمتاع لعدم أدائه لما هو عليه » .

قول الحنابلة : جاء في مطالب أولي النهى (٦٣٣/٥ ، ٦٣٤) : « (ولا نفقة لـ) زوجة (ناشز) غير حامل (مكلفة أو لا ، ولو) كان نشوزها (بتزوجها في العدة) الرجعية ، قال في « المستوعب » : وإذا تزوجت الرجعية في عدتها فنكاحها باطل لا تصير به فراشًا للثاني ، ولا تنقطع به عدة الأول ، ولا سكنى لها ولا نفقة على الأول ؛ لأنها ناشز بتزوجها ، ذكره في « المجرد » (أو حبسها له) أي : لزوجها (بحقها) عليه (مع إعساره) فلا نفقة لها مدة حبسه ؛ لأنها ظالمة مانعة له من التمكين منها ، وإن كان الزوج قادرا على أداء ما حبسته عليه فمنعه بعد الطلب ؛ فلها النفقة مدة حبسه إذا كانت باذلة للتمكين ؛ لأن المنع منه لا منها » .

حَسَبِ الْعُرْفِ ، بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ الْخَادِمَةُ مَمْلُوكَةً لَهَا مِلْكًا تَامًّا وَمُتَفَرِّغَةً لِخِدْمَتِهَا لاَ شُغْلَ لَهَا غَيْرُهَا .

وَإِذَا زُفَّتْ إِلَيْهِ بِخَدَمٍ كَثِيرٍ ، اسْتَحَقَّتْ نَفَقَةَ الْجَمِيعِ عَلَيْهِ ، إِنْ كَانَ ذَا يَسَارٍ .

وَإِذَا رُزِقَ أَوْلاَدًا لاَ يَكْفِيهِمْ خَادِمٌ وَاحِدٌ ، يُفْرَضُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ خَادِمَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ عَلَى قَدْرِ حَاجَةِ أَوْلاَدِهِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٥٣/٣ ، ٥٤) : « يجب على الزوج نفقة خادمها إذا كان موسرًا يعني إذا كان لها خادم متفرغ لخدمتها ليس له شغل غير خدمتها ، وهو مملوك لها ؛ لأنها لا بد لها من خادم ، يهيئ أمر بيتها حتى تتفرغ لحوائجه فكما وجب عليه نفقتها يجب عليه نفقة خادمها ، والجامع أن نفقة كل واحد منهما لمنفعة تعود إليه ألا ترى أن القاضي لما وجبت نفقته في بيت المال تجب نفقة خادمه أيضًا لما ذكرنا ، واختلفوا في هذا الخادم قيل : هي جارية مملوكة لها ، وإن كانت غير مملوكة لها لا تستحق النفقة للخادم في ظاهر الرواية كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق نفقة الخادم من بيت المال ، وهذا لأن استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فإذا لم يملك فلا يستحق كالغازي إذا كان راجلًا لا يستحق سهم الفارس ، ولو جاء بخادم يخدمها لم يقبل منه إلا برضاها ، ومنهم من قال من يخدمها ؛ وهذا إذا كانت حرة ، وإن كانت أمة فلا تستحق عليه نفقة الخادم ، وقيل : إذا كانت من الأرذال لا تستحق الخادم وإن كانت حرة ، ولا يفرض لأكثر من خادم واحد عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : يفرض لخادمين أحدهما لمصالح داخل البيت ، والآخر لمصالح خارجه ، وهو نظير الاختلاف في الغازي إذا كان معه أكثر من فرس واحد ، وعن أبي يوسف إذا كانت فائقة في الغنى ، وزفت إليه بخدم كثيرة استحقت نفقة الجميع ، ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا حاجة إلى الآخر فيما يرجع إلى الكفاية ، وإنما هو للزينة ، ووجوب النفقة باعتبار الكفاية لا باعتبار الزينة والتجمل ، وهو لو قام بخدمتها بنفسه كان يكفي ، ولم يلزمه نفقة الخادم فكذا إذا قام الواحد مقام نفسه ، ويلزمه من نفقة الخادم أدنى الكفاية ، ولو كان الزوج معسرًا لا يجب عليه نفقة خادمها ، وإن كان لها خادم فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة خلافًا لمحمد ، هو يقول أنها إذا كان لها خادم لم تكتف بخدمة نفسها فتجب عليه نفقته كما لو كان موسرًا ، والأول أصح لأن المعسرة تكتفي بخدمة نفسها ، واستعمال الخادم لزيادة التنعم فتعتبر في حالة اليسار دون الإعسار ، ولو اختلفا في اليسار والإعسار ، فالقول قوله إلا أن تقيم المرأة البينة ؛ لأنه متمسك بالأصل » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٢٧/٣ ، ٤٢٨) : « (على الزوج ، وإن كان معسرًا أو عبدًا إخدام حرة) ولو ذمية ؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها (لا) إخدام (أمة ، وإن اعتادت) لجمالها بالخدمة لنقصها بالرق ، وحقها أن تخدم لا أن تخدم ، وكالأمة المبعضة ، قاله القاضي (ولو) كانت الحرة (بائنًا حاملًا) فعليه إخدامها بناء على أن نفقتها لها لا للحمل هذا (إن كانت مخدومة) أي ممن يخدم عادة (في بيت أبيها مثلًا ولا عبرة بترفهها في بيت الزوج) بحيث صار يليق بحالها إخدامها ، وإذا أخدم زوجته (فيخدمها بامرأة) حرة أو أمة ولو مستأجرة أو صحبتها (أو صغير) أي مميز غير مراهق (أو محرم) لها (أو مملوكة له أو لها) لحصول المقصود بجميع ذلك والأخيرة داخلة في الأولى (لا ذمية لمسلمة إذ لا تؤمن =

١٠٤١ - وكما تجب نفقة الزوجة على زوجها تجب نفقة خادمتها عليه أيضًا إن كان الزوج موسرًا عند أبي حنيفة ، وهو المفتى به ، لأنه إذا كان معسرًا ، فالواجب عليه أدنى الكفاية ، فتخدم هي نفسها . وقال محمد : يجب عليه نفقة خادمتها ، ولو كان معسرًا .

١٠٤٢ - والمعول عليه أن النفقة لا تجب إلا إذا كانت الخادمة مملوكة لها، متفرغة لخدمتها ، لا شغل لها غيرها . فلو لم تكن لها خادمة مملوكة ، لم يلزم الزوج كراء أحد يخدمها ، لكن يلزمه أن يشتري لها ما تحتاجه من السوق . وقال أبو يوسف : تفرض نفقة خادمتين ؛ لأنها تحتاج إلى واحدة منهما للخدمة الداخلية والأخرى للخارجية . وأبو حنيفة ومحمد يقولان : إن الواحدة تقوم بالأمرين ، فلا ضرورة إلى اثنتين . ويظهر جليًا أن هذا ليس اختلاف حجة وبرهان ، بل هو اختلاف بحسب الظروف والأحوال ، ولذا قال أبو يوسف : إن المرأة إذا كانت ممن يجلُّ قدرها عن خدمة خادمة واحدة، يلزم الزوج بنفقة من لابد لها منه من الخدم ، ولو أكثر من اثنتين . وهو المعوَّل عليه .

١٠٤٣ - ولو كان لرجل أولاد لا يكفيهم خادم واحد ، فرضت عليه نفقة خادمين أو أكثر على حسب ما يكفيهم اتفاقًا .

= عداوتها) الدينية ولتحريم النظر . والوجه عدم جواز عكسه أيضًا لما فيه من المهانة ، ذكره الأذرعي . (و) لا (كبير ولو) شيخًا (هما) لتحريم النظر ، والترجيح في مملوكتها ، وفي الذمية والكبير من زيادته ، وصرح به الإسنوي ، قال : وفي معنى محرمها الممسوح ، ومثله عبدها ، وقد قرنه الأصل مع الهم في الخلاف الذي ذكره » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (١٨٤/٤ ، ١٨٥) : « يجب على الزوج إخدام الزوجة إذا كانت أهلًا للإخدام لشرف قدرها وكون مثلها لا يخدم . ثم يقال : ويريد بشرط أن يكون الزوج متسعًا له خدام كما قال في الرسالة ، وإن اتسع فعليه إخدام زوجته ، لا يطلق عليه لعجزه عن الإخدام ، فيعلم أنه إنما يجب حيث تكون له قدرة عليه وهكذا . قال في رسم الجواب عن سماع عيسى من كتاب طلاق السنة : إن المشهور من المذهب أنه لا يطلق عليه لعجزه عن الإخدام ، قال : وقد روى ابن المعدل عن ابن الماجشون أنه يطلق عليه بعجزه عن النفقة عليها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٠/٨) : « فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها ؛ لكونها من ذوي الأقدار ، أو مريضة ، وجب لها خادم : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . ومن العشرة بالمعروف ، أن يقيم لها خادمًا ، ولأنه مما تحتاج إليه في الدوام ، فأشبه النفقة . ولا يجب لها أكثر من خادم واحد ؛ لأن المستحق خدمتها في نفسها ، ويحصل ذلك بواحد . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . إلا أن مالكًا قال : إن كان لا يصلح للمرأة إلا أكثر من خادم ، فعليه أن ينفق على أكثر من واحد . ونحوه قال أبو ثور : إذا احتمل الزوج ذلك ، فرض لخادمين . ولنا ، أن الخادم الواحد يكفيها لنفسها ، والزيادة تراد لحفظ ملكها ، أو للتجمل ، وليس عليه ذلك . إذا ثبت هذا ، فلا يكون الخادم إلا ممن يحل له النظر إليها ، إما امرأة ، وإما ذو رحم محرم ؛ لأن الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله ، فلا يسلم من النظر » .

الفصل الثاني
في بيان من لا نفقة لهن من الزوجات

(مادة ١٦٦)

إِذَا كَانَتْ الزَّوْجَةُ صَغِيرَةً لاَ تَصْلُحُ لِلرِّجَالِ وَلاَ تُشْتَهَى لِلْوِقَاعِ وَلَوْ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى زَوْجِهَا ، إِلاَّ إِذَا أَمْسَكَهَا فِي بَيْتِهِ لِلاسْتِئْنَاسِ بِهَا [1] .

* * *

١٠٤٤ - لا تجب النفقة للزوجة على زوجها إذا كانت صغيرة ، بحيث لا تصلح للرجال ولا تشتهى للوقاع ، وإن أمسكها الزوج في بيته ، لأن امتناع الاحتباس لمعنى فيها ، والاحتباس الموجب للنفقة هو الذي يكون وسيلة إلى المقصود المستحَق بالعقد ، وما لم يوجد فلا تجب لها النفقة . وقال أبو يوسف : إن أمسكها في بيته للاستئناس بها ، وجبت لها النفقة . واختاره بعض المشايخ .

١٠٤٥ - وقد حصل خلاف في حد المطيقة للجماع ، والصحيح أنه غير مقدر بالسن ، وإنما العبرة بالاحتمال والقدرة على الجماع ، فإن السمينة الضخمة ليست مثل

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الهداية (٣٨٣/٤ ، ٣٨٤) : « (وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها ، والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد ، بخلاف المريضة على ما نبين . وقال الشافعي : لها النفقة ؛ لأنها عوض من الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين . ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٧١/٥) : « (والأظهر أن لا نفقة) ولا توابعها (لصغيرة) لا تحتمل الوطء لتعذره لمعنى فيها ، والثاني تجب كالرتقاء والقرناء والمريضة كما مرَّ . وأجاب الأول بأن المرض يطرأ ويزول والرتق والقرن مانع دائم قد رضي به ويشق معه ترك النفقة مع أن التمتع بغير الوطء لا يفوت » .

قول المالكية : جاء في كفاية الطالب الرباني (٦٨/٢) : « الصغيرة التي لا يمكن وطؤها لا نفقة لها بالدعوة ، بل بالدخول ؛ لأنه إذا دخل استمتع بغير الوطء ، وإذا اختلفا في الدعوة ، فالقول قول الزوج » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٢/٨) : « المرأة تستحق النفقة على زوجها إن كانت كبيرة يمكن وطؤها ، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء ، فلا نفقة لها . وبهذا قال الحسن ، وبكر بن عبد الله المزني ، والنخعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وهو المنصوص عن الشافعي . وقال في موضع : لو قيل : لها النفقة . كان مذهبًا . وهذا قول الثوري ؛ لأن تعذر الوطء لم يكن بفعلها ، فلم يمنع وجوب النفقة لها ، كالمرض . ولنا : أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها » .

النحيفة الهزيلة .

١٠٤٦ - ولا يشترط في صلاحيتها للرجال أن تكون مطيقة للجماع المعول عليه في الشرع ، بل لو كانت تشتهي للقبلة أو اللمس أو التفخيذ مثلًا، وجبت لها النفقة .

١٠٤٧ - ولا يجوز أن يفهم أحد من قوله في المادة : « ولو فيما دون الفرج » . أن إتيانها في الدبر جائز ، لأن هذا لا قائل به أصلًا ، فالمراد ما ذكرناه لك ، ولا تلتفت إلى غيره ؛ فإنه ناشئ من عدم فهم الآية الشريفة .

(مادة ١٦٧)

الْمَرِيضَةُ الَّتِي لَمْ تُزَفَّ إِلَى زَوْجِهَا ، وَلَمْ يُمْكِنْهَا الانْتِقَالُ أَصْلًا ، لاَ نَفَقَةَ لَهَا [1] .

* * *

١٠٤٨ - وإذا مرضت الزوجة قبل انتقالها إلى بيت الزوج ، ولم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة ، فلا تجب نفقتها على الزوج . وقد عرفت في شرح المادة (١٦٣) أن هذا القول هو المعول عليه، وهناك من قال بوجوب النفقة لها ، فارجع إليها إن شئت .

(مادة ١٦٨)

الزَّوْجَةُ الَّتِي تُسَافِرُ إِلَى الْحَجِ وَلَوْ لأَدَاءِ فَرِيضَةٍ بِدُونِ أَنْ يَكُونَ مَعَهَا زَوْجُهَا ، لاَ نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ مُدَّةَ غِيَابِهَا ، وَإِنْ سَافَرَتْ مَعَ مَحْرَمٍ لَهَا .

فَإِنْ سَافَرَ زَوْجُهَا وَأَخَذَهَا مَعَهُ ، فَلَهَا عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْحَضَرِ وَنَفَقَةُ السَّفَرِ وَلَوَازِمُهُ . وَإِنْ سَافَرَتْ هِيَ ، وَأَخَذَتْ زَوْجَهَا مَعَهَا ، فَلَهَا عَلَيْهِ نَفَقَةُ الحَضَرِ لاَ نَفَقَةُ السَّفَرِ [2] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٣/٥٣) : « المريضة قبل النقلة إلى منزل الزوج فلعدم الاحتباس لأجل الاستمتاع بها ، ولو سلمت نفسها ، وهي مريضة لا تجب لها النفقة ، ولو مرضت بعد التسليم تجب لها » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٤٦) : « ولو حجت المرأة حجة فريضة ، فإن كان ذلك قبل النقلة ، فإن حجت بلا محرم ، ولا زوج فهي ناشز ، وإن حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها في قولهم جميعًا ، وإن كانت انتقلت إلى بيت الزوج ، فقد قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لها النفقة ، وقال محمد رحمه الله : لا نفقة لها كذا في البدائع ، وهو الأظهر في السراج الوهاج . وأما إذا حج الزوج معها فلها النفقة إجماعًا ، وتجب عليه نفقة الحضر دون السفر ، ولا يجب الكراء أما إذا حجت للتطوع فلا نفقة لها إجماعًا إذا =

١٠٤٩ - وإن سافرت الزوجة إلى الحج : فإما أن يكون زوجها مرافقًا لها ، أو لا .

= لم يكن الزوج معها هكذا في الجوهرة النيرة . وإن حجت مع زوجها حجًا نفلًا كانت لها نفقة الحضر لا نفقة السفر هكذا في فتاوى قاضي خان أجمعوا على أن الصوم والصلاة لا يسقطان النفقة كذا في غاية السروجي » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٢٢/٤ ، ٤٢٣) : « (ومن سافرت) منهن (وحدها بغير إذنه) لحاجتها أو حاجته (فناشزة) فلا قسم ، ويستثنى من ذلك صورتان : الأولى : إذا خربت البلد وارتحل أهلها والزوج غائب ولم يمكنها الإقامة فلا تكون كما قال السبكي ناشزة كخروجها من البيت إذا أشرف على السقوط . الثانية : إذا سافر السيد بالأمة بعد أن بات الزوج عند الحرة ليلتين لم يسقط حقها من القسم ، وعلى الزوج قضاء ما فات عند التمكن ؛ لأن الفوات حصل بغير اختيارها ، قاله المتولي وأقره . أما إذا سافرت معه بغير إذنه فإنها تستحق كما تستحق النفقة ، لكنها تعصي . نعم إن منعها من الخروج فخرجت ولم يقدر على ردها سقط حقها . قال البلقيني بالنسبة للنفقة : ومثلها القسم (و) من سافرت (بإذنه لغرضه) كأن أرسلها في حاجته (يقضي لها) ما فاتها للإذن وغرضه فهي كمن عنده وفي قبضته وهو المانع نفسه عنها بإرسالها (و) بإذنه (لغرضها) كحج وعمرة وتجارة (لا) يقضي لها (في الجديد) لأنها ليست في قبضته ، وفائدة الإذن رفع الإثم ، والقديم يقضي لوجود الإذن ، ولو سافرت لحاجة ثالث . قال الزركشي : فيظهر أنه كحاجة نفسها ا هـ . وهو كما قال غيره ظاهر إذا لم يكن خروجها بسؤال الزوج لها فيه ، وإلا فيلحق بخروجها لحاجته بإذنه ، أو سافرت وحدها بإذنه لحاجتهما معًا لم يسقط حقها كما قاله الزركشي وغيره بالنسبة للنفقة ، ومثلها القسم خلافًا لما بحثه ابن العماد من السقوط وامتناعها من السفر مع الزوج نشوز . قال الماوردي : إلا أن تكون معذورة بمرض أو نحوه » .

قول المالكية : جاء في فتح العلي المالك (٨٢/٢) : « (ما قولكم) في رجل سافر بزوجته إلى الحج ، وليس متبرعًا عليها بنفقة السفر ، ولا غيرها فهل لها عليه ذاك أم لا ؟ أفيدوا الجواب .

فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله لها عليه الأقل من نفقة الحضر ونفقة السفر ، قال في المجموع : وإن سافرت لحجة الفرض ، ولو بلا إذنه أو بإذنه في غير الفرض فلها الأقل من نفقة الحضر والسفر ا هـ ، والله ﷻ أعلم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم . » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٣٨٠/٩ - ٣٨٣) : « (أو سافرت بغير إذنه) فلا نفقة لها . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقيل : لا تسقط . ذكره في الرعاية . وقال ابن عقيل في الفنون : سفر التغريب يحتمل أن تسقط فيه النفقة . قلت : ويتصور ذلك فيما إذا كانت بالغة عاقلة ، ولم يدخل بها وهي باذلة للتسليم ، والمنع من الدخول منه . (وإن بعثها في حاجة) يعني له (أو أحرمت بحجة الإسلام : فلها النفقة) . هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، بشرط أن تحرم في الوقت من الميقات .

وقال في التبصرة : في حج فرض احتمال كنفقة زائدة على الحضر . فائدة : أو سافرت لنزهة أو تجارة ، أو زيارة أهلها : فلا نفقة لها . وفيه احتمال . وهو وجه في المذهب وغيره . (وإن سافرت لحاجتها بإذنه فلا نفقة لها) . ذكره الخرقي في بعض النسخ ، وعليها شرح المصنف . واختاره القاضي ، والمصنف . وقدمه في الخلاصة ، والرعايتين . وهو ظاهر كلامه في الوجيز . وهو المذهب . (ويحتمل أن لها النفقة) وهو لأبي الخطاب في الهداية . واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وأطلقها في المذهب ، والمحرر ، والنظم ، والفروع » .

فإن لم يكن مرافقًا لها في هذا السفر ، فلا تستحق النفقة على زوجها ، سواء كان الحج فرضًا أو نفلًا ، وسواء سافرت مع محرم لها كأبيها مثلًا ، أو مع غير محرم كابن عمها ، وسواء كان خروجها للحج قبل تسليم نفسها إلى الزوج ، أو بعده .

١٠٥٠ – وقال أبو يوسف : لها النفقة إذا كان الحج فرضًا ؛ لأن إقامة الفرض عذر كالصوم والصلاة ، فتجب لها النفقة . والمعول عليه هو الأول ؛ لأن الامتناع من جهتها ، فأوجب سقوطها ، بخلاف الصلاة والصوم لوجود الاحتباس ، فلا يمنع اشتغالها بهما من وجوب النفقة .

١٠٥١ – وإن كان زوجها مرافقًا لها في السفر : فإن كان هو الذي سافر وأخذها معه ، وجب لها عليه نفقة الحضر والسفر ، أي : نفقة الإقامة والسفر ؛ لأنها تابعة له . وإن كانت هي التي سافرت وأخذته معها ، فلها عليه نفقة الإقامة لا السفر ، فلا يلزمه الكراء ومؤنة السفر ؛ لأنه تابع لها (١) .

(مادة ١٦٩)

الزَّوْجَةُ المُحتَرِفَةُ الَّتِي تَكُونُ خَارِجَ الْبَيْتِ نَهَارًا وَعِنْدَ الزَّوْجِ لَيْلًا ، إِذَا مَنَعَهَا مِنَ الخُرُوجِ وَعَصَتْهُ وَخَرَجَتْ ، فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا مَا دَامَتْ خَارِجَةً (٢) .

* * *

١٠٥٢ – وإن كانت الزوجة محترفة بما يشغلها خارج البيت نهارًا ، وتعود إلى منزل زوجها ليلًا : فإما أن يمنعها من الخروج، أو لا .

١٠٥٣ – فإن منعها وامتثلت أمره وجبت لها النفقة ، وكذلك إذا لم يمنعها ؛ لأنها ليست خارجة عن طاعته . فإذا منعها ولم تمتثل ، فلا نفقة لها عليه ؛ لأنها خارجة عن طاعته بغير حق ، فتسقط نفقتها .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٧٣) : يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٦٨) : لا نفقة للزوجة التي تعمل خارج البيت بدون موافقة الزوج .

(مادة ١٧٠)

إِذَا حُبِسَتْ الْمَرْأَةُ وَلَوْ فِي دَيْنٍ لاَ تَقْدِرُ عَلَى إِيفَائِهِ ، فَلاَ يَلْزَمُ زَوْجَهَا نَفَقَتُهَا مُدَّةَ حَبْسِهَا ، إِلاَّ إِذَا كَانَ هُوَ الَّذِي حَبَسَهَا فِي دَيْنٍ لَهُ (١) .

* * *

١٠٥٤ - وإذا حبست المرأة بدين : فإما أن يكون الحابس لها غير الزوج ، أو الزوج .

١٠٥٥ - فإن كان الأول ، فلا تجب لها النفقة ، سواء كانت قادرة على أداء الدين أو غير قادرة ؛ لأنها إذا كانت قادرة ، ففوات الاحتباس منها بالمماطلة ، وإن كانت عاجزة عن أدائه ، ففوات الاحتباس ليس من الزوج ، فلا تجب عليه نفقتها . ولا نفقة لها أيضًا إذا حبست بغير دين ، ولو كان حبسها ظلمًا ؛ لأن المعتبر في سقوط نفقتها فوات الاحتباس لا من جهة الزوج ، وقد فات الاحتباس هنا لا من جهته ، وهذا هو الصحيح .

١٠٥٦ - وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كان الحابس لها هو الزوج ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأن فوات الاحتباس من جهته ، فكان باقيًا تقديرًا ، فتجب النفقة (٢) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٩/٤) : « ولو حبست في دين ذكر في الجامع الكبير أن لا نفقة لها ولم يفصل بين ما إذا كان الحبس قبل الانتقال أو بعده وبين ما إذا كانت قادرة على التخلية أو لا ؛ لأن حبس النكاح قد بطل بإعراض حبس الدين ؛ لأن صاحب الدين أحق بحبسها بالدين وفات التسليم أيضًا بمعنى من قبلها وهو مطلبها فصارت كالناشز ، وذكر الكرخي أنها إذا كانت محبوسة في دين من قبل النقلة فإن كانت تقدر على أن تخلي بينه وبين نفسها فلها النفقة وإن كانت في موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها وهذا تفسير ما أجمله محمد في الجامع ؛ لأنها إذا كانت تقدر على أن توصله إليها ؛ فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج وهذا تفسير التسليم فإن لم يطالبها فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها ، وإن كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو مماطلتها فلا تستوجب النفقة ، ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما قلنا في المريضة ، وذكر القدوري أن ما ذكره الكرخي في الحبس محمول على ما إذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه فأما إذا كانت قادرة على القضاء فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح ؛ لأنها إذا لم تقض مع القدرة على القضاء صارت كأنها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشزة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٨٩/٢) : « (وإن حبست امرأة في دين لم يأذن فيه الزوج سقطت نفقتها) مدة الحبس (ولو ثبت) الدين (بالبينة) وأفهم كلامه كأصله أنه لو أذن لها في الاستدانة لم تسقط نفقتها ، قال الأذرعي : ولم أر فيه نقلًا » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٧٤) : إذا نشزت المرأة فلا نفقة لها مدة النشوز . المادة (٧٥) : الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل =

(مادة ١٧١)

النَّاشِزَةِ : وَهِيَ الَّتِي خَالَفَتْ زَوْجَهَا ، وَخَرَجَتْ مِنْ بَيْتِهِ بِلَا إِذْنِهِ ، بِغَيْرِ وَجْهٍ شَرْعِيٍّ ، يَسْقُطُ حَقُّهَا فِي النَّفَقَةِ مُدَّةَ نُشُوزِهَا . وَإِنْ كَانَتْ لَهَا نَفَقَةٌ مَفْرُوضَةٌ مُتَجَمِّدَةٌ تَسْقُطُ أَيْضًا بِنُشُوزِهَا ، وَكَذَا الْمُسْتَدَانَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ وَأَمْرِ الزَّوْجِ .

وَتَكُونُ نَاشِزَةً أَيْضًا إِذَا كَانَ الْبَيْتُ الْمُقِيمَانِ بِهِ مِلْكًا لَهَا وَمَنَعَتْهُ مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا ، مَا لَمْ تَكُنْ سَأَلَتْهُ النُّقْلَةَ مِنْهُ فَلَمْ يَنْقُلْهَا.

فَإِنْ عَادَتِ النَّاشِزَةُ إِلَى بَيْتِ زَوْجِهَا وَلَوْ بَعْدَ سَفَرِهِ ، أَوْ دَعَتْهُ يَدْخُلُ عَلَيْهَا إِذَا كَانَ الْمَنْزِلُ لَهَا ، عَادَ حَقُّهَا فِي النَّفَقَةِ ، وَلاَ يَعُودُ مَا سَقَطَ مِنْهَا بِنُشُوزِهَا .

وَإِنْ مَنَعَتْهُ مِنَ الاسْتِمْتَاعِ بِهَا وَهِيَ فِي بَيْتِهِ ، فَلاَ تَكُونُ نَاشِزَةً نُشُوزًا مُوجِبًا لِسُقُوطِ النَّفَقَةِ (١) .

* * *

= طلبها النقل إلى بيت آخر .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لا نفقة مع النشوز : المادة (٦٩) : إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها والناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر ويعتبر من المسوّغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها بالضرب أو سوء المعاشرة.

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : إيقاف نفقة الزوجة الناشز : « يمكن للزوج طلب إيقاف نفقة زوجته إذا حكم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية وامتنعت من تنفيذ الحكم ، وذلك وفق الإجراءات التالية :

« أن يقدم الزوج مقالا إلى المحكمة ، ويتضمن :

الاسم الشخصي والعائلي له ولزوجته ، وعنوانيهما ، وبيان سبب إيقاف النفقة وتوقيعه أو توقيع نائبه ، أو أن يدلي بتصريح شفوي بذلك لدى كتابة الضبط .

أن يرفق المقال أو التصريح بالحكم بالرجوع إلى بيت الزوجية وبمحضر امتناع الزوجة من تنفيذه .

يكون الحكم الصادر بإيقاف النفقة مشمولا بالنفاذ المعجل . « الحكم الصادر بايقاف النفقة يقبل الطعن .

نشوز الحامل لايسقط نفقتها .

نشوز غير الحامل لا يسقط نفقتها ولكن يمكن إيقاف نفقتها في حالة امتناعها من تنفيذ الحكم الصادر ضدها بالرجوع إلى بيت الزوجية .

لا يؤثر الاستئناف في إيقاف النفقة ما لم يقض بإلغاء الحكم » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٢/٤) : « ولا نفقة للناشزة لفوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز والنشوز في النكاح أن تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله بأن خرجت بغير إذنه وغابت أو سافرت فأما إذا كانت في منزله ومنعت نفسها في رواية فلها النفقة ؛ لأنها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهرًا وغالبًا =

= فكان معنى التسليم حاصلا والنشوز في العدة أن تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها أو تخرج لمعنى من قبلها وقد روي أن فاطمة بنت قيس كانت تبذو على أحمائها ، فنقلها النبي ﷺ إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى ؛ لأن الإخراج كان بمعنى من قبلها ؛ فصارت كأنها خرجت بنفسها مراغمة لزوجها » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٥/١٦٨ - ١٧٠) : « (وتسقط) نفقة كل يوم (بنشوز) أي خروج عن طاعة الزوج بعد التمكين والعرض على الجديد وقبله على القديم ؛ لأنها تجب بالتسليم فتسقط بالمنع ، والمراد بالسقوط عدم الوجوب ، وإلا فالسقوط حقيقة إنما يكون بعد الوجوب .

تنبيه : نشوز غير المكلفة كالمكلفة لاستواء الفعلين في التفويت على الزوج ، وسواء أقدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهرا أم لا ؛ لأن له عليها حق الحبس في مقابلة وجوب النفقة ، فإذا نشزت عليه سقط وجوب النفقة ، ولو نشزت نهارًا دون الليل أو عكسه أو بعض أحدهما سقطت نفقة جميع اليوم ؛ لأنها لا تتجزأ بدليل أنها تسلم دفعة واحدة ، ولا تفرق غدوة وعشية ، وقيل : تستحق نفقة ما قبل النشوز من زمن الطاعة بالقسط ، وقطع به السرخسي (و) تسقط و (لو) كان نشوزها (بمنع لمس) أو غيره من مقدمات الوطء (بلا عذر) بها إلحاقًا لمقدمات الوطء بالوطء ، فإن كان عذر كمنع لمس من بفرجها قروح وعلمت أنه متى لمسها واقعها لم يكن منعها نشوزًا .

تنبيه : قضية كلامه أنها لو مكنت من الوطء ومنعت بقية الاستمتاعات أنه نشوز ، وهو الأصح في زوائد الروضة في باب القسم والنشوز ، ونبه باللمس على أن ما فوقه بالطريق الأولى ، لكن لا يفهم منه أنها لو منعته النظر بتغطية وجهها أو توليه يكون نشوزًا ، والأصح في زيادة الروضة أنه نشوز (وعبالة زوج) أو كبر آلته بحيث لا تحتملها الزوجة (أو مرض) بها (يضر) ها (معه الوطء عذر) في منعها من وطئه فتستحق النفقة مع منع الوطء لعذرها إذا كانت عنده لحصول التسليم الممكن ، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه ، وتثبت عبالته بأربع نسوة ؛ لأنها شهادة يسقط بها حق الزوج ولهن نظر ذكره في حال الجماع للشهادة بذلك ، وليس لها الامتناع من الزفاف لعبالته ، ولها ذلك بالمرض ؛ لأنه متوقع الزوال .

فروع : لا يسقط النفقة عذر يمنع الجماع عادة كمرض ورتق وقرن وضنى ، وهو بالفتح والقصر : مرض مدنف ، وحيض ونفاس وجنون ، وإن قارنت تسليم الزوجة ؛ لأنها أعذار بعضها يطرأ ويزول وبعضها دائم وهي معذورة فيها وقد حصل التسليم الممكن ، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه ، وفارق ما لو غضبت بخروجها عن قبضة الزوج وفوات التمتع بالكلية وتسقط نفقتها بحبسها ولو ظلمًا كما لو وطئت بشبهة فاعتدت ، ولو حبسها الزوج بدينه هل تسقط نفقتها أو لا ، لأن المنع من قبله ، الأقرب كما قال الأذرعي : أنها إن منعته منه عنادًا سقطت ، أو لإعسار فلا ، ولا أثر لزناها ، وإن حبلت لأنه لا يمنع الاستمتاع بها (والخروج) للزوجة (من بيته) أي الزوج حاضرًا كان أو لا (بلا إذن) منه (نشوز) منها سواء كان لعبادة كحج أم لا ، يسقط نفقتها لمخالفتها الواجب عليها (إلا أن يشرف) البيت (على انهدام) فليس بنشوز لعذرها .

تنبيه : قد يفهم الاستثناء حصره في هذه الصورة ، وليس مرادًا ؛ فإنها تعذر في صور غير ذلك ، منها ما إذا أكرهت على الخروج من بيته ظلمًا ، ومنها ما إذا خربت المحلة وبقي البيت منفردًا وخافت على نفسها ، ومنها ما لو كان المنزل لغير الزوج فأخرجها منه صاحبه ، ومنها ما لو خرجت إلى القاضي لطلب حقها منه ، ومنها =

= ما إذا أعسر بالنفقة سواء أرضيت بإعساره أم لا ، ومنها ما لو خرجت إلى الحمام ونحوه من حوائجها التي يقتضي العرف خروج مثلها له لتعود عن قرب للعرف في رضا مثله بذلك ، ومنها ما لو خرجت لاستفتاء لم يغنها الزوج عن خروجها له ، ومنها ما لو خرجت لبيت أبيها لزيارة أو عيادة كما سيأتي ، فلو قال : إلا لعذر لشمل ذلك كله . (ولو نشزت) في حضور الزوج بأن خرجت من بيته ، كما قاله الرافعي بغير إذنه (فغاب) عنها (فأطاعت) بعد غيبته برجوعها إلى بيته (لم تجب) نفقتها زمن الطاعة (في الأصح) لانتفاء التسليم والتسلم ؛ إذ لا يحصلان مع الغيبة ، والثاني يجب لعودها إلى الطاعة (و) على الأول (طريقها) في عود استحقاق النفقة لها بعد طاعتها في غيبة زوجها (أن يكتب الحاكم) بعد رفعها الأمر إليه (كما سبق) في ابتداء التسليم فيكتب لحاكم بلده ليعلمه بالحال ، فإن عاد أو وكيله واستأنف تسلمها عادت النفقة ، وإن مضى زمن إمكان العود ولم يعد ولا بعث وكيله عادت النفقة أيضًا على ما مرّ في المقيس عليه ، أما إذا كان نشوزها بغير الخروج من بيتها كأن ارتدت أو خالفته من غير خروج من المنزل عادت النفقة بعودها إلى الإسلام أو الطاعة في غيبته ، وإن أفهم كلام المتن خلافه » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩١/٤ ، ١٩٢) : « المشهور أن الزوجة إذا منعت زوجها من الوطء لغير عذر فإن نفقتها تسقط عنه ؛ لأن منعها نشوز ، والنفقة تسقط بالنشوز ، وإذا ادعت أنها إنما منعته لعذر كمرض فلا بد من إثباته حيث خالفها الزوج بشهادة امرأتين كما قاله ابن فرحون في شرح ابن الحاجب ، ولعل ما ذكره ابن فرحون من الثبوت بامرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال وإلا فلا يثبت إلا بشاهدين كخروجها بلا إذن ولا يقبل قول الزوج هي تمنعني من وطئها حيث قالت لم أمنعه وإنما المانع منه ؛ لأنه يتهم على إسقاط حقها من النفقة كما قاله الناصر اللقاني . أو الاستمتاع أي وكذلك تسقط النفقة بمنعها الاستمتاع كمن لا توطأ كالرتقاء ونحوها ، وحينئذٍ فهو من عطف المغاير والمنع من الوطء أو الاستمتاع يعلم من جهتها بأن تقر بذلك بحضرة عدلين أو عدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين على ما يظهر ، فإن قلت : كيف يثبت بعدل وامرأتين مع أن المنع المذكور يترتب عليه التعزير وهو لا يثبت بذلك ، فالجواب أن المترتب عليه ما مر من كونه يعظها ثم يهجرها ثم يضربها إن أفاد أو خرجت بلا إذن ولم يقدر عليها يعني أن المرأة إذا خرجت من محل طاعة زوجها بغير إذنه ولم يقدر على عودها إلى محل طاعته لا بنفسه ولا بالحاكم ، فإن ذلك يكون أشد النشوز فتسقط به نفقتها وتستحق حينئذ التعزير على ذلك أبو عمران ، واستحسن في هذا الزمان أن يقال لها : إما أن ترجعي إلى بيتك أو تحاكمي زوجك وتنصفيه وإلا فلا نفقة لك لتعذر الأحكام والإنصاف في هذا الزمان ويؤدبها هو أو الحاكم على ذلك ، قال : وكذلك الهاربة إلى موضع معلوم مثل الناشز . وأما إلى موضع مجهول فلا نفقة لها ولا سكنى كمطلقة خرجت من منزلها ولو قدر على ردها بخلاف النفقة فلا بد من العجز أو عدم العلم بمكانها والفرق أن السكنى متعينة في مسكن الطلاق لا في ذمته فليس لها أن توجب في ذمته ما لم يكن عليه واجبًا وبعبارة ولم يقدر عليها أي على ردها ولا على منعها ابتداء وأما لو كان قادرًا على منعها ابتداء ولم يمنعها لم تسقط ؛ لأنها خرجت بإذنه ، وهذا في التي في العصمة ، وأما الرجعية فلا تسقط نفقتها مطلقًا ؛ لأنه ليس له منعها وقوله (إن لم تحمل) شرط في مسألة منع الوطء وما بعدها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ قال المؤلف وحيث ذكر أصحابنا نفقة الحمل فإنما =

١٠٥٧ – وإذا نشزت المرأة ، سقط حقها في النفقة مدة نشوزها .

١٠٥٨ – والناشزة في اللغة : هي العاصية على الزوج المبغضة له . يقال : نشزت المرأة على زوجها ، فهي ناشزة .

١٠٥٩ – وعن الزجاج [1] : النشوز يكون بين الزوجين ، وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه . وفي الشرع : هي الخارجة من منزل زوجها ، المانعة نفسها منه . فيشمل ما إذا امتنعت عن المجيء إلى منزله ابتداء بغير حق ، وما إذا خرجت من منزله بعد الانتقال إليه .

١٠٦٠ – فإن كان خروجها من منزله أو امتناعها عن الذهاب إليه لحق شرعي ، بأن امتنعت لاستيفاء معجل مهرها ، أو لأن البيت الذي يريد نقلها إليه مغصوب ، فلا تسقط نفقتها ، لأحقيتها في هذا الامتناع .

١٠٦١ – ولكون النشوز أمرًا فظيعًا ، لم يَكْتَفِ الشارع بإسقاط النفقة المستقبلة فقط ،

= يريدون به حمل البائن لا من في المعصية ولا الرجعية ولا المتوفى عنها فلا نفقة لحملهن أما الأوليان فلاندراج نفقة حملهما في النفقة عليهما وأما الأخيرة فحملها وارث وحيث وجبت النفقة وجبت الكسوة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٩/٨) : « (والناشز لا نفقة لها ، فإن كان لها منه ولد ، أعطاها نفقة ولدها) فمتى امتنعت من فراشه ، أو خرجت من منزله بغير إذنه ، أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها ، أو من السفر معه ، فلا نفقة لها ولا سكنى ، في قول عامة أهل العلم ؛ منهم الشعبي ، وحماد ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأبو ثور ، وقال الحكم : لها النفقة ، وقال ابن المنذر : لا أعلم أحدًا خالف هؤلاء إلا الحكم ، ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها ، فكذلك نفقتها . ولنا : أن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها ، بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه ، وإذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين ، فإذا منعته التمكين كان له منعها من النفقة ، كما قبل الدخول وتخالف المهر ؛ فإنه يجب بمجرد العقد ؛ ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة ، فأما إذا كان له منها ولد ، فعليه نفقة ولده ؛ لأنها واجبة له ، فلا يسقط حقه بمعصيتها ، كالكبير ، وعليه أن يعطيها إياها إذا كانت هي الحاضنة له ، أو المرضعة له ، وكذلك أجر رضاعها ، يلزمه تسليمه إليها ؛ لأنه أجر ملكته عليه بالإرضاع ، لا في مقابلة الاستمتاع ، فلا يزول بزواله » .

(١) هو : أبو إسحاق إبراهيم بن محمد السري الزجاج البغدادي الإمام ، نحوي زمانه ، مصنف كتاب « معاني القرآن » وله تآليف جمة ، لزم المبرد فكان يعطيه من عمل الزجاج كل يوم درهمًا ، فنصحه ، وعلمه ، ثم أدب القاسم بن عبد الله الوزير ، فكان سبب غناه ، ثم كان من ندماء المعتضد مات سنة إحدى عشر وثلاثمائة ، ويقال : توفي سنة ست عشرة ، له كتاب الإنسان وأعضائه، وكتاب الفرس ، وكتاب العروض ، وكتاب الاشتقاق ، وكتاب النوادر ، كتاب فعلت وأفعلت ، وأخذ العربية عن أبي علي الفارسي وجماعة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٤/١١) .

بل رتب عليه سقوط النفقة المتجمعة على الزوج ، فإذا كان القاضي فرض لها كل شهر مقدارًا معينًا من النقود ، أو تراضى الزوجان على أن تأخذ هي كل شهر مبلغ كذا في نفقتها ، ومضت مدة ولم يعطها ، تسقط هذه النفقة بالنشوز أيضًا ، ولو كانت المرأة أخذتها دينًا بغير إذن الزوج أو إذن القاضي .

١٠٦٢ - أما إن كانت الاستدانة بإذن الزوج أو القاضي ، فلا تسقط بالنشوز ؛ لأنها صارت في هذه الحالة دينًا صحيحًا ، وهو لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

١٠٦٣ - فإن لم تخرج المرأة من البيت ، بل منعت الزوج من أن يدخل عليها ، وكان البيت المقيمان به ملكًا لها : فإما أن تكون سألته النقلة منه ، أو لم تسأله .

١٠٦٤ - فإن سألته بأن قالت له : حولني إلى منزلك ، أو استأجر لي منزلًا . ومضت المدة الكافية بحسب العرف للبحث عن منزل ليستأجره ، فلها الحق في النفقة ؛ لأنها محقة في هذا الطلب . فإذا لم يجبها ، فلها الحق في منعه من دخوله بيتها ، فلا تسقط نفقتها .

١٠٦٥ - وإن لم تكن سألته النقلة ، فلا نفقة لها لنشوزها ، إذ هي خارجة عن بيته حكمًا .

١٠٦٦ - فعلم مما تقدم أن سقوط النفقة مترتب على النشوز ، فإذا زال بأن عادت إلى منزل زوجها في صورة الخروج منه ، أو دعته يدخل عليها بيتها في صورة منعه ، استحقت النفقة في المستقبل فقط ، فلا يعود ما سقط منها بنشوزها ، سواء كان عودها إلى منزل زوجها وهو مقيم به أو مسافر ، لزوال المانع وهو النشوز . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : إذا عادت وهو مسافر ، فلا حق لها في النفقة . وهو الظاهر كما لا يخفى .

١٠٦٧ - فإن لم تخرج من بيته ، ولكن منعته من الاستمتاع بها ، فلا تكون ناشزة نشوزًا موجبًا لسقوط النفقة ؛ لأن الظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها .

(مادة ١٧٢)

الْمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا وَالْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ ، لا نَفَقَةَ لَهُمَا ، إلا الْمَنْكُوحَةَ بلا شُهُودٍ . فَإِذَا فَرَضَ الْحَاكِمُ لإِحْدَاهُمَا نَفَقَةً قَبْلَ ظُهُورِ فَسَادِ النِّكَاحِ ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، فَلِلزَّوْجِ الرُّجُوعُ عَلَيْهَا بِمَا أَخَذَتْهُ مِنْهُ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، لا بِمَا أَخَذَتْهُ بلا أَمْرِهِ (١) .

* * *

١٠٦٨ - ولا تجب النفقة على الزوج لزوجته إلا إذا كان العقد صحيحًا ؛ لأن الاحتباس الموجب للنفقة لا يكون إلا به . فلو كان العقد فاسدًا ، أو لم يكن هناك عقد أصلًا ، بأن وطئت المرأة بشبهة ، كما إذا زفت إليه امرأة وقيل له: هي زوجتك . فدخل بها ، وتبين الحال بعد ذلك وفرق بينهما ، فلا تجب النفقة .

١٠٦٩ - ولكنهم استثنوا من النكاح الفاسد : العقد بلا شهود ، فإنه - وإن كان فاسدًا - تجب النفقة فيه ، لأنه مختلف فيه ، إذ بعضهم يقول بجواز عقد الزواج بغير شهود ، وإنما الشرط الإعلان .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (١٩٣/٥) : « ولا نفقة في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ولا في العدة منه ؛ لأن ما به تستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها إلى الزوج للقيام بمصالحه فإن فساد النكاح يمنعها من ذلك شرعا ؛ ولهذا لم تجعل الخلوة في النكاح الفاسد تسليمًا في حق وجوب المهر فكذا لا تستوجب النفقة في التسليم بالنكاح الفاسد » .

قول الشافعية : جاء في حاشية البيجيرمي على الخطيب (٥٥/٤) : « النكاح الفاسد لا يوجب النفقة » . وجاء في فتاوى الرملي (٣٦٢/٣) : « (سئل) عمن نكح امرأة نكاحًا فاسدًا وتسلمها وأنفق عليها مدة ولم يطأها ولا استمتع بها ؛ هل له الرجوع عليها بما أنفقه أم لا ، (فأجاب) بأنه لا رجوع له عليها بشيء منه » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٥٠٩/٣) : « قال ابن عبد السلام : واختلف إذا دعا الزوج في مثل هذا النكاح إلى البناء والنفقة فاتفق على أنه نكاح صحيح ثم عثر على فساده قبل البناء ففسخ أنه يرجع في مال الزوجة بما أنفق عليها كمن اشترى من رجل داره على أن ينفق عليه حياته فإنه يرجع عليه بالنفقة التي دفع إليه ويفسخ البيع ، وقال عبد الله بن الوليد لا يرجع على الزوجة بشيء انتهى . زاد في التوضيح إثر كلام ابن الوليد ؛ لأن الفسخ قبل البناء غير واجب إذ أجازه جماعة من العلماء إذا عجل ربع دينار ا هـ . وصحح في الشامل القول بالرجوع ، ونصه : وحيث فسخ فهل وجوبًا أو استحبابًا قولان ويرجع بما أنفق قبل البناء إن فسخ على الأصح » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٦٧/٥) : « (ولا تجب النفقة في النكاح الفاسد) لأن وجود العقد كعدمه (لغير حامل) فإن كانت حاملًا فالنفقة للحمل » .

١٠٧٠ - ويترتب على عدم استحقاقها للنفقة : أن الزوج في صورة النكاح الفاسد وأن الواطئ بشبهة إذا أعطاهما نفقة قبل ظهور الحال من فساد العقد والواطئ بشبهة ، ثم علم وحصل التفريق بينهما ، يرجع بما أعطى لكل منهما إذا كان الإعطاء بأمر الحاكم ؛ لأنه مضطر في الدفع إليهما بسبب أمر الحاكم له ، والحاكم لم يأمره إلا بناء على استحقاقها للنفقة ، فإذا تبين عدم الاستحقاق رجع بما دفع .

١٠٧١ - فإن كان الإعطاء بغير أمر الحاكم ، فلا يرجع بما أعطى ؛ لأنه غير مضطر في هذا الإعطاء ، خصوصًا وأن النفقة لها شبه صلة ، فلا يرجع فيها [١] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٧٦) : تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرًا وعسرًا مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن حد الكفاية للمرأة.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : فرض النفقة حسب حال الزوج : المادة (٧٠) : تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسرًا وعسرًا وتجوز زيادتها ونقصها تبعًا لحالته على أن لا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة وتلزم النفقة إما بتراضي الزوجين على قدر معين أو بحكم القاضي وتسقط نفقة المدة التي سبقت التراضي أو الطلب من القاضي .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : « تحدد نفقة الزوجة بناء على دخل الزوج وحالها ومستوى الأسعار مع اعتبار التوسط ، ونفقة الأولاد على قدر حال المنفق وعوائد المجتمع الذي يعيشون فيه .

جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٠) يراعى في تقدير النفقة سعة المنفق ، وحال المنفق عليه ، والوضع الاقتصادي زمانًا ومكانًا .

الفصل الثالث
في تقدير نفقة الطعام

(مادة ١٧٣)

تُقَدَّرُ نَفَقَةُ الطَّعَامِ بِقَدْرِ حَالِ الزَّوْجَيْنِ يَسَارًا وَإِعْسَارًا . فَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ فَنَفَقَةُ الْيَسَارِ ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ فَنَفَقَةُ الإِعْسَارِ ، وَإِنْ كَانَا مُخْتَلِفَيْنِ حَالاً فَنَفَقَةُ الْوَسَطِ . فَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ هُوَ الْفَقِيرَ ، لاَ يُخَاطَبُ إِلاَّ بِقَدْرِ وُسْعِهِ ، وَالْبَاقِي دَيْنٌ عَلَيْهِ إِلَى الْمَيْسَرَةِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٤٨٦/١ ، ٤٨٧) : « (ويعتبر في ذلك) أي في فرض النفقة (حالهما) أي الزوجين في اليسار والإعسار وهو اختيار الخصاف ، وعليه الفتوى كما في الهداية (ففي الموسرين) من الزوجين يعتبر (حال اليسار) ككسوتهم واليسار اسم من الإيسار ، وهو الاستغناء (وفي المعسرين) يعتبر (حال الإعسار) أي الافتقار (وفي المختلفين) بأن يكون الزوج موسرًا والزوجة معسرة أو بالعكس يعتبر (بين ذلك) أي نفقة الوسط دون نفقة الموسرين وفوق المعسرين والمستحب أن يطعمها الزوج ما يأكله ؛ لأنه مأمور بحسن المعاشرة (وقيل) قائله الكرخي (يعتبر حاله) أي الزوج في اليسار والإعسار (فقط) أي لا يعتبر حالها وهو قول الشافعي ، قال صاحب البدائع : وهو الصحيح قال صاحب المبسوط : المعتبر حاله في اليسار والإعسار في ظاهر الرواية ، وذكر في الخزانة أنه يعتبر حالها ، وهو قول مالك فينفق بقدر ما يقدر والباقي دين عليه » .

قول الشافعية : جاء في البهجة الوردية (٣٨٦/٤ ، ٣٨٧) : « (تمليك مد حبة صحيحه) أي أوجب للممكنة على زوجها صبيحة كل يوم تمليك مد حب صحيح من (غالب قوت ثمَّ) أي بلده من حنطة أو غيرها بأن يسلمه لها بقصد أداء ما لزمه كسائر الديون من غير افتقار إلى لفظ واعتبر في ذلك التمليك ؛ لأنه يستهلك والغالب ؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها وقياسًا على الفطرة والكفارة (فالمناسب له) أي فإن لم يكن غالب فمن اللائق بالزوج وخرج بالحب الدقيق والعجين والخبز لعدم صلاحيتها لكل ما يصلح له الحب وبالصحيح أي السليم المزيد على الحاوي المعيب كالمسوس والمدود ومحل تمليك الحب حيث اعتادوه فلو اعتادوا لحمًا أو لبنًا أو أقطًا أو جبنًا فهو الواجب والعبرة بمد النبي ﷺ وهو عند الرافعي مائة وثلاثة وسبعون درهمًا وثلث درهم وعند النووي مائة واحد وسبعون وثلاثة أسباع درهم بناء على اختلافهما في قدر رطل بغداد (على المسكين) المعبر عنه في كتب الجمهور بالمعسر أي أوجب ما ذكر على مسكين الزكاة الشامل لفقيرها كعكسه كما مرَّ بيانه .

قال الشيخان : والقدرة على الكسب الواسع لا تخرجه عن حد الإعسار في النفقة وإن أخرجته عن استحقاق سهم المساكين وقضيته أن القادر على نفقة الموسر لا يلزمه كسبها » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٨٤/٤ ، ١٨٥) : « نفقة الزوجة تجب على زوجها ، ولو كانت أكولة جدًا وهي مصيبة نزلت به فعليه كفايتها أو يطلقها كما في الحديث بخلاف من استأجر أجيرًا بطعامه فوجده أكولًا فإن المستأجر له الخيار في إبقاء الإجارة وفسخها إلا أن يرضى الأجير بطعام وسط ، فإنه لا خيار =

١٠٧٢ - قد عرفت مما تقدم أن النفقة في الشرع هي الطعام والكسوة والسكنى وحيث أن النفقة واجبة على الزوج لزوجته فيلزمه كل هذه الأشياء ولكن اختلفت الأئمة في تقدير هذه الأشياء فقال الشافعي وبعض الحنفية : تقدر بحسب حال الزوج فإن كان موسرًا فرضت عليه نفقة الموسرين ولو معسرًا فنفقة المعسرين ولو متوسطًا فنفقة الوسط وبعضهم يقول يعتبر حال الزوجين معًا فإن كانا معسرين أو موسرين أو متوسطين فنفقة الإعسار أو اليسار أو الوسط وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا يجب عليه نفقة دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وهي المتوسطة فإن كان الزوج هو الموسر والزوجة معسرة فهو قادر على أن يدفع لها النفقة المتوسطة وإن كان الزوج هو المعسر والزوجة هي الغنية فإنه يطالب بما في وسعه الآن ويكون الفرق بين نفقة المعسر والمتوسط دينًا عليه إلى الميسرة فإذا فرضنا أن الشخص المعسر ينفق على زوجته مائتي قرش في الشهر مثلا والمتوسط ينفق أربعمائة فنأمره بدفع المائتين والمائتان الباقيتان تكونان دينًا في ذمته تأخذهما منه الزوجة عند يساره ولا يخفى أنه لا يمكن ضبط كل من الموسر والمعسر والمتوسط لاشتمال كل منهم على أفراد كثيرة فينظر إلى حالة كل منهم .

١٠٧٣ - فيؤخذ مما تقدم أنهم اتفقوا على وجوب نفقة الموسرين إذا كانا موسرين وعلى نفقة المعسرين إذا كانا معسرين وكذا الحال في المتوسطين وإنما الاختلاف فيما إذا كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا فعلى القول الأول الاعتبار بحال الزوج فإن كان موسرًا وهي معسرة تجب عليه نفقة الموسرين ولا يجب عليه أن يطعمها مما يأكل لكن يستحب له أن يؤاكلها لأنه مأمور بحسن العشرة معها وإظهار مكارم الأخلاق وذلك في أن يؤاكلها لتكون نفقته ونفقتها سواء - وإن كان معسرًا وهي موسرة وجب عليه نفقة المعسرين ؛ لأنها لما تزوجت معسرًا فقد رضيت بنفقة المعسرين ومع ذلك فيمكنها أن

= للمستأجر ويلزمه أن يدفع للأجير طعامًا وسطًا كما يأتي في باب الإجارة عند قوله كمستأجر أوجر بأكله أكولًا قاله في المبسوط ، وفيه نظر ، فإن في إلزام الأجير بطعام وسط ضررًا به ويحط من فوته . وكذلك المرأة الصحيحة القليلة الأكل لا يلزم زوجها لها من النفقة إلا بقدر كفايتها فقط وليس لها أن تأخذ منه طعامًا كاملًا لأجل أن تصرف باقيه في مصالحها قال المتيطي : وهذا هو الصواب وهذا كله في غير المقرر لها النفقة وإلا فيلزم ما قرر ولا يراعى حينئذ مريضة ولا قليلة أكل من غيرهما » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٥٧/٨) : « والنفقة مقدرة بالكفاية ، وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك . وقال القاضي : هي مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة ، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم ، في حق الموسر والمعسر ، اعتبارًا بالكفارات ، وإنما يختلفان في صفته وجودته ؛ لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول ، وفيما تقوم به البنية ، وإنما يختلفان في جودته ، فكذلك النفقة الواجبة » .

توسع على نفسها من مالها .

١٠٧٤ - وأما على القول الثاني فيجب عليه نفقة الوسط في المسألتين وهي فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة واستدل الأول بقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ فقد اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعًا وأمره بالإنفاق فلا مصير إلى غيره فلو اعتبرنا حالهما فقد تركنا العمل بالكتاب - وبيانه أن الزوج أن كان معسرًا وهي موسرة فلو أوجبنا عليه فوق نفقة المعسرات لكان تكليفًا بما ليس في وسعه وهو منفي بالنص - واستدل الثاني بما روى : إن هند بنت عقبة وهي امرأة أبي سفيان أتت للنبي ﷺ وقالت له : يا رسول اللّه ، أن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم . فقال : « **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف** » فاعتبر حالها ولكن لقائل أن يقول : هذا الدليل غير مطابق للمدعي ؛ لأن المدعي هو اعتبار حالهما والحديث يدل على اعتبار حالها ويمكن أن يجاب عنه بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه .

١٠٧٥ - والمخالف يقول به فإذا الآية تدل على اعتبار حاله والحديث يدل على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرًا من وجه وحالها كذلك وهو الموافق للفقه كما قيل ؛ لأن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة على كفايتها نظرًا لحال الزوج ، ويجيب هذا القائل عن الآية المتقدمة : بأنه لا يخالفها بل يقول بموجبها ولذا يكلف الزوج بالإنفاق بقدر وسعه إن كان فقيرًا وهي الموسرة لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع ويكون الباقي دينًا في ذمته عملًا بالدليلين ولا يؤديه مع العجز وصريح كلامهم أن الفتوى على الثاني وإن قال بالأول جمع من المشايخ بل هو الذي نص عليه الإمام محمد ، وقال به الإمام الشافعي ، وهو الظاهر [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٧٧) : ١ - تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد .

٢ - لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارئ الاستثنائية .

جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧١) أ - يجوز زيادة النفقة وتخفيضها تبعا لتغير الأحوال .

ب - لا تسمع دعوى الزيادة أو التخفيض قبل مضي سنة على فرض النفقة إلا في ظروف استثنائية .

ج - تحتسب زيادة النفقة أو تخفيضها من تاريخ قيد الدعوى .

(مادة ١٧٤)

تُفْرَضُ النَّفَقَةُ أَصْنَافًا ، أَوْ تُقَوَّمُ الأَصْنَافُ بِدَرَاهِمَ عَلَى حَسَبِ اخْتِلاَفِ أَسْعَارِ الْمَأْكُولاَتِ فِي الْبَلْدَةِ غَلاَءً وَرُخْصًا رِعَايَةً لِلْجَانِبَيْنِ . فَإِذَا غَلاَ السِّعْرُ ، تُزَادُ النَّفَقَةُ الْمُقَدَّرَةُ لِلْمَرْأَةِ ، وَإِذَا رَخُصَ ، تُنْقَصُ عَنِ الزَّوْجِ ، وَلَوْ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِهَا .

* * *

١٠٧٦ - وعند ما يفرض القاضي نفقة الطعام للزوجة ويقدرها إن شاء فرضها أصنافًا وأمر الزوج بإحضارها لها وإن شاء قوم هذه الأصناف وأمر الزوج بدفع قيمتها لها ولا شك أن هذا التقويم يختلف على حسب اختلاف أسعار المأكولات في البلدة غلاء ورخصًا رعاية لجانب كل من الزوج والزوجة ولذا لو قدر أصنافًا وقومها بدراهم وأمر الزوج بإعطائها للزوجة وتغير السعر تزاد الدراهم أو تنقص على حسب تغير السعر ، فإذا غلا السعر قضى على الزوج بزيادة الدراهم بنسبة الغلاء وإذا رخص حكم بنقصها بالنسبة للرخص أيضًا فإن كان الزوج هو الذي يأتيها بالأصناف المقدرة فلا نقص ولا زيادة ؛ لأنه هو الذي يدفع ثمنها فسواء غلت أو رخصت فهو المكلف بإحضارها .

(مادة ١٧٥)

يُعْتَبَرُ فِي فَرْضِ النَّفَقَةِ وَإِعْطَائِهَا لِلْمَرْأَةِ الأَصْلَحُ وَالأَيْسَرُ . فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ مُحْتَرِفًا يَكْتَسِبُ قُوتَهُ كُلَّ يَوْمٍ ، تُقَدَّرُ النَّفَقَةُ عَلَيْهِ يَوْمًا بِيَوْمٍ ، وَيُعْطِيهَا نَفَقَةَ كُلِّ يَوْمٍ مُعَجَّلاً عِنْدَ مَسَاءِ الْيَوْمِ الَّذِي قَبْلَهُ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الصُّنَّاعِ الَّذِينَ لاَ يَنْقَضِي عَمَلُهُمْ إِلاَّ بِمُضِيِّ الأُسْبُوعِ ، تُقَدَّرُ عَلَيْهِ كُلَّ أُسْبُوعٍ . وَإِنْ كَانَ تَاجِرًا أَوْ مِنْ أَرْبَابِ الْمَاهِيَّاتِ ، تُفْرَضُ عَلَيْهِ كُلَّ شَهْرٍ . وَإِنْ كَانَ مُزَارِعًا ، تُفْرَضُ عَلَيْهِ كُلَّ سَنَةٍ .

فَإِنْ مَاطَلَهَا الزَّوْجُ فِي دَفْعِ النَّفَقَةِ فِي مَوَاعِيدِهَا الْمُقَرَّرَةِ ، فَلَهَا أَنْ تَطْلُبَ نَفَقَةَ كُلِّ يَوْمٍ (١) .

* * *

---

(١) **قول الشافعية** : جاء في البهجة الوردية (٣٨٦/٤) : « أوجب للممكنة في صبيحة كل يوم أي طلوع فجره نفقتها ؛ لأنها تستحقها يومًا فيومًا لكونها في مقابلة التمكين الحاصل في اليوم فلها المطالبة بها عند طلوع الفجر ولا يلزمها الصبر إذ الواجب الحب كما سيأتي فيحتاج إلى طحنه وعجنه وخبزه قال الإمام والغزالي : ومعنى قولهم إن النفقة تجب بطلوع الفجر أنها تجب به وجوبًا موسعًا كالصلاة أو أنه إن قدر وجب عليه التسليم ، وإن ترك عصى لكن لا يحبس ولا يخاصم ، قال البغوي في فتاويه ، وإذا أراد سفرًا طويلًا فلها =

١٠٧٧ - ولا يتعين زمن مخصوص لإعطاء النفقة للمرأة فيه بل هذا يختلف باختلاف حال الزوج وحينئذٍ يعتبر الأصلح والأيسر فإن كان الزوج محترفًا يكتسب

= مطالبته بنفقتها لمدة ذهابه ورجوعه كما لا يخرج إلى الحج حتى يترك لها هذا القدر وظاهر أنه لو هيأ ذلك ودفعه إلى نائبه ليدفعه إليها يومًا بيوم كفى ولا يكلف إعطاءه لها دفعة واحدة ، قال في المهمات : ولو حصل العقد والتمكين وقت الغروب ، فالقياس الوجوب بالغروب . ا هـ . أي غروب تلك الليلة والظاهر الوجوب بالقسط فلو حصل ذلك وقت الظهر فينبغي الوجوب كذلك من حينئذ » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٣٩٦/٤ ، ٣٩٧) : « (وقدرت) نفقة الزوجة من حيث الزمان (بـ) حسب (حاله) أي الزوج في الاكتساب (من يوم) إن كان من الصناع ونحوهم الذين يقبضون أجرة عملهم كل يوم (أو جمعة) إن كان من الصناع الذين يقبضون أجرة عملهم كل جمعة (أو شهر) كأرباب الوظائف والجند الذين يقبضون مرتباتهم كل شهر (أو سنة) كأرباب الرزق الذين يقبضون مرتباتهم كل سنة .

وعند ابن عرفة أنها إن خاصمت زوجها في النفقة كم يفرض لها النفقة كل سنة أو قبلها بشهر ؟ قال : لم أسمع من مالك فيه شيئًا ، وأرى أن ذلك على اجتهاد الوالي في عسر الرجل ويسره ، ليس الناس سواء ، اللخمي أجاز ابن القاسم أن يفرض سنة ، وقال سحنون : لا يفرض سنة ؛ لأن الأسواق تحول وأرى أن يوسع في المدة إن كان الزوج موسرًا ولم يؤد إلى ضرره ؛ لأن الشأن أن الفرض عند مقابحة الزوجين ، وقلة الإنصاف ، وفي قصر المدة ضرر في تكرير الطلب عند لدده ، فإن كان موسرًا ، فالأشهر الثلاثة أو الأربعة حسن ، وفي المتوسط الشهر أو الشهران ، وإن كان ذا صنعة فالشهر فإن لم يقدر فعلى قدر ما يرى أنه يستطيع أن يقدمه . ابن عرفة . هل مرادهم بالمدة مدة دوام القدر المفروض أو مدة ما يقضى بتعجيله ، والأول ظاهر ، تعليل سحنون منع السنة بأن الأسواق تحول ، والثاني نص اللخمي وتعليلهم باعتبار حال الزوج ، وفي كتاب ابن سحنون سئل عمن لا يجد ما يجري على امرأته رزق شهر ، هل يجري عليها رزق يوم بيوم من خبز السوق ؟ قال : نعم يجري رزق يوم بيوم بقدر طاقته ، قيل : فإن كان له جدة وليس بالمليء فطلبها أن يرزقها جمعة بجمعة قال بقدر ما يرى السلطان من جدته من الناس من يجري يومًا بيوم ومنهم جمعة بجمعة ومنهم شهرًا بشهر . ابن عرفة . انظر لم يقع لفظ الخبز إلا في كلام السائل مع إضراب سحنون عنه في لفظ جوابه ومقتضى متقدم أقوالهم عدم فرض الخبز ، وفي نوازل ابن الحاج فقد يكون باليوم أو بالجمعة أو بالشهر ، وقد يكون بخبز السوق » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٥٨١/٥ ، ٥٨٢) : « ويلزمه دفع القوت لا بدله ، ولا حب كل يوم في أوله ، وما اتفقا عليه جاز ، وتملكه بقبضه ، قاله في الترغيب ، وتتصرف فيه ما لم يضر بدنها ، وظاهر ما سبق أو صريحه أن الحاكم لا يملك فرض غير الواجب ، كدراهم مثلًا ، إلا باتفاقهما ، فلا يجبر من امتنع . قال في الهدي : لا أصل له في كتاب ولا سنة ، ولا نص عليه أحد من الأئمة ؛ لأنها معاوضة بغير الرضا عن غير مستقر ، وهذا متوجه مع عدم الشقاق وعدم الحاجة ، فأما مع الشقاق والحاجة كالغائب مثلًا فيتوجه الفرض للحاجة إليه ، على ما لا يخفى ، ولا يقع الفرض بدون ذلك بغير الرضا ، قال الشافعية : ولا يعتاض عن المستقبل وجهًا واحدًا ، لعدم استقرارها ، ولا عن الماضي بخبز ودقيق ؛ لأنه ربا ، وبغيرهما فهل يجوز أم لا كمسلم فيه ، على وجهين ، وكذا مراد أصحابنا إذا اعتاضت عن الماضي فلا يجوز بربوي . وفي الانتصار : لا يسقط فرضه عمن زوجته صغيرة أو مجنونة إلا بتسليم ولي أو بإذنه .

واختار شيخنا : لا يلزمه تمليك ، بل ينفق ويكسو بحسب العادة ، فإن الإنفاق بالمعروف ليس هو التمليك ، =

قوته كل يوم تقدر النفقة عليه يومًا فيومًا ويعطيها نفقة كل يوم معجلًا عند مساء اليوم الذي قبله لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وإن كان من الصناع الذين لا يقبضون أجرتهم إلا في نهاية الأسبوع تقدر عليه كل أسبوع ويعطيها نفقته مقدمًا أيضًا لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك الأسبوع ، وإن كان من أرباب المرتبات تفرض عليه كل شهر ؛ لأنه لا يستحق مرتبه إلا في نهاية الشهر ويعجلها لها لما تقدم ، وإن كان من الزراع يأمره القاضي بإعطاء النفقة لها عند حصد أي زرع حسب التقدير الذي يقدره ولكن هذا مقيد بما إذا لم يماطلها الزوج في دفع النفقة في مواعيدها المقررة ، فإن ماطلها كان لها الحق في طلبها كل يوم مهما كانت حرفة الزوج ؛ لأن حصة كل يوم معلومة فيمكنها المطالبة بها وينبغي أن يكون محل تعيين الزمن على حسب حال الزوج إذا رضي فإن لم يرض بذلك بل قال : أنا أدفع نفقة كل يوم معجلًا فلا يجبر على غيره ؛ لأنه إنما اعتبر ما ذكر تخفيفًا عليه فإذا كان يضره فلا يصار إليه .

(مادة ١٧٦)

لِلزَّوْجِ أَنْ يَلِيَ الإِنْفَاقَ بِنَفْسِهِ عَلَى زَوْجَتِهِ حَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ . فَإِذَا اشْتَكَتْ مَطْلَهُ فِي الإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَثَبَتَ ذَلِكَ عِنْدَ الحَاكِمِ ، وَلَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ صَاحِبَ مَائِدَةٍ وَطَعَامٍ كَثِيرٍ بِحَيْثُ يُمْكِنُهَا أَنْ تَتَنَاوَلَ مِنْهُ مِقْدَارَ كِفَايَتِهَا ، يُحْضِرُهُ الحَاكِمُ ، وَيُقَدِّرُ النَّفَقَةَ بِحُضُورِهِ عَلَى الوَجْهِ المُتَقَدِّمِ فِي المَادَّةِ السَّالِفَةِ ، وَيَأْمُرُهُ بِإِعْطَائِهَا إِيَّاهَا لِتُنْفِقَ عَلَى نَفْسِهَا .

فَإِذَا امْتَنَعَ مَعَ اليُسْرِ مِنْ إِعْطَائِهَا بَعْدَ أَمْرِ الحَاكِمِ ، وَطَلَبَتِ المَرْأَةُ حَبْسَهُ ، لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ ، إِلاَّ أَنَّهُ لاَ يَنْبَغِي أَنْ يَحْبِسَهُ فِي أَوَّلِ مَرَّةٍ ، بَلْ يُؤَخِّرُ الحَبْسَ إِلَى مَجْلِسَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةٍ يُعِظُهُ فِي كُلِّ مَجْلِسٍ ، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ حَبَسَهُ حِينَئِذٍ .

وَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَبِيعَ عَلَيْهِ مِنْ أَمْوَالِهِ مَا لَيْسَ مِنْ أُصُولِ حَوائِجِهِ ، وَيَصْرِفَ ثَمَنَهُ فِي نَفَقَتِهَا (١) .

* * *

= قال ﷺ « إن حقها عليك أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت » كما قال ﷺ في المملوك ، ثم المملوك لا يجب له التمليك إجماعًا ، وإن قيل : إنه يملك بالتمليك .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤٨/١) : « وإن قال : أنا معسر وعلي نفقة المعسرين كان القول قوله إلا أن تقيم المرأة البينة على يساره ، فإن أقامت المرأة البينة أنه موسر قضي عليه بنفقة الموسرين ، وإن أقاما البينة كانت البينة بينة المرأة ، وإن لم تكن لها بينة وطلبت من القاضي أن يسأل عن حال الرجل لا يجب عليه السؤال ، وإن سأل كان حسنًا ، فإن أخبره عدل أنه موسر لا يقبل القاضي ذلك ، وإن أخبره عدلان أنه موسر =

١٠٧٨ - والزوج هو الذي يتولى الإنفاق بنفسه على زوجته ؛ لأنه قوام عليها متى كان النكاح قائمًا فإن قام بما يلزمه شرعًا فبها ، وإن اشتكت الزوجة منه وادعت أنه مقصر

= قضى القاضي بنفقة الموسرين ، وإن لم يتلفظا بلفظ الشهادة يشترط العدل ، والعدالة في هذا الخبر ، ولا يشترط فيه لفظ الشهادة ، وإن قالا : سمعنا أنه موسر ، وبلغنا ذلك لا يقبل القاضي ذلك كذا في فتاوى قاضي خان » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٥٢/٥ ، ١٥٣) : « ولو ادعت الزوجة يسار الزوج وأنكر صدق بيمينه إذا لم يعهد له مال ، وإلا فلا يصدق ، فإن ادعى تلفه ففيه التفصيل المذكور في الوديعة ، أما من فيه رق ولو مكاتبًا ومبعضًا وإن كثر ماله فمعسر لضعف ملك المكاتب ونقص حال المبعض وعدم ملك غيرهما ، فإن قيل إلحاق المبعض بالمعسر مخالف لما ذكروه في الكفارة من أنه يكلف كفارة الموسر ، وذكروا في نفقة الأقارب نحوه . أجيب بأنهم لو ألحقوه ثم بالمعسر لما صرف شيئًا للمساكين ولا أنفق شيئًا للأقارب ، بخلافه هنا ، فإنه ينفق نفقة المعسر » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (٢٦٣/١) : « (وفي ابن سلمون) فمن ادعى العجز عن النفقة ، وكذلك عن القوت وعما يواري العورة من الكسوة وادعى العدم فلا يحبس حتى تقوم عليه شبهة يظهر بها لدده وعليه إثبات ذلك إن ناكرته الزوجة ، فإذا أثبت ذلك حلف أنه لا مال له وأن الذي يفرض عليه لا يقدر عليه ، فإذا حلف أجل في الكسوة ، وإن قدر على النفقة دون الكسوة فرق بينهما بعد الشهرين ونحوهما وإن لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجل ، إلا دون ذلك ، وذلك إلى اجتهاد الحاكم ، وإذا ثبت عدمه ، أو أقر بالعجز ووافقته الزوجة على ذلك أجله الحاكم في الإنفاق عليها الشهر ونحوه وتكون معه في خلال التأجيل ، ولا تتبعه بنفقة زمن الإعسار . وإن علم له مال ، أو ظهر لدده كان للسلطان أن يسجنه ، فإن وجد في خلال الأجل ما ينفق عليها بطل حكمه وبقيت زوجة ، وإن لم يجد شيئًا ودعت إلى الطلاق فيكتب في ذلك ما نصه « لما انصرم الأجل المقيد فوق هذا ، أو حضر عند القاضي فلان وفقه اللّٰه الزوجان فلان وفلانة وأقر الزوج فلان باتصال عشرته وأنه لم يجد منه ما ينفق منه على زوجته المذكورة وسألت منه الزوجة النظر لها أمره بالطلاق فأبى من ذلك وثبتت إبايته عنده فطلقها عليه طلقة واحدة يملك بها رجعتها إن أيسر في عدتها وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إليهما وثبوت زوجيتهما لديه وشهد على القاضي - وفقه اللّٰه - بما فيه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما في كذا ، وإن أيسر في عدتها بنفقة الشهر ونحوه وما يجب من اللباس كان أملك بها » انتهى . (وفي مفيد ابن هشام) ولو أعسر بنفقتها بعد الدخول ، أو بعد أن دعي إلى البناء فلم يجد شيئًا ينفق منه عليها وأرادت فراقه فرق بينهما إن طلبت ذلك بعد أن يؤجل له ما يراه الحاكم ولا يكون ذلك إلا أيامًا ثلاثة ، أو جمعة وقيل : ثلاثين وقيل : شهرين ، والتوقيت في هذا خطأ وإنما فيه اجتهاد الحاكم على ما يراه من حاجة المرأة وصبرها ، والجوع لا صبر عليه . والفرقة فيها طلقة رجعية ، فإن أيسر في عدتها فله رجعتها إن كان قد دخل بها ولا تلزمه نفقة ما أعسر به ، ولا تصح رجعته ، إلا باليسار » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٧/٨ ، ١٦٨) : « وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها ، أو في تقبيضها نفقتها ، فالقول قول المرأة ؛ لأنها منكرة ، والأصل معها . وإن اختلفا في التمكين الموجب للنفقة ، أو في وقته ، فقالت : كان ذلك من شهر . فقال : بل من يوم . فالقول قوله ؛ لأنه منكر ، والأصل معه . وإن اختلفا في يساره فادعته المرأة ليفرض لها نفقة الموسرين ، أو قالت : كنت موسرًا . وأنكر ذلك ، فإن عرف له مال ، فالقول قولها ، وإلا فالقول قوله . وبهذا كله قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وإن اختلفا في فرض الحاكم للنفقة ، أو في وقتها ، فقال : فرضها منذ شهر . فقالت : بل منذ عام . فالقول قوله ، وبهذا قال =

في الواجب عليه وتريد القضاء عليه بتقدير النفقة وتسليمها لها لتتولى هي الإنفاق على نفسها فلا يجيبها القاضي إلى ما طلبت قبل التحري فإن تحرى وظهر له عدم صدقها بسبب كون الزوج صاحب مائدة وطعام كثير بحيث يمكنها أن تتناول منه مقدار كفايتها أو بغير ذلك رفض دعواها ؛ لأنها متعنتة في هذا الطلب فلا تجاب إليه ، وإن ظهر له صدقها أجاب طلبها وحينئذٍ يقدر النفقة ويأمره بإعطائها لها على الوجه المتقدم لتتولى هي الإنفاق على نفسها ؛ لأن طريق إيصال النفقة إليها نوعان تمكين وتمليك فالتمكين متعين فيما إذا كان له طعام كثير وهو صاحب مائدة فتتمكن المرأة من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالبه بفرض النفقة وإن لم يكن بهذه الصفة فإن رضيت أن تأكل معه فبها .

١٠٧٩ – وإن خاصمته في فرض النفقة يفرض لها بالمعروف وهو التمليك فإن امتثل بما حكم به القاضي فبها وإن امتنع فإما أن يكون موسرًا يقدر على دفع ما قضى عليه به أو غير موسر فإن كان الأول وطلبت المرأة حبسه فإن كان له مال ظاهر وكان فاضلًا عن حوائجه الأصلية فللحاكم أن يبيعه بالنيابة عنه وإن لم يرض ويعطيها الثمن لتنفقه على نفسها لأن المدين إذا امتنع عن وفاء ما عليه من الدين باع القاضي من أمواله ولو جبرًا ما يسدد به ذلك الدين ، وإن لم يكن له مال ظاهر أجاب القاضي طلبها لكن لا يحبسه في أول مرة بل يعزره بما يليق به في مجلس أو مجلسين فإن امتثل خلَّى سبيله وإن لم يمتثل حبسه ؛ لأنه متعنت في عدم الدفع إذا الفرض أنه موسر ، وإن كان الثاني وهو ما إذا كان غير موسر فلا يجيب طلبها إلى حبسه [1] .

= الشافعي وأصحاب الرأي . وقال مالك : إن كان مقيمًا معها ، فالقول قوله ، وإن كان غائبًا عنها ، فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم . ولنا ، أن قوله يوافق الأصل ، فقدم ، كما لو كان مقيمًا معها ، وكل من قلنا : القول قوله فلخصمه عليه اليمين ؛ لأنها دعاوى في المال ، فأشبهت دعوى الدين ، ولأن النبي ﷺ قال : « **ولكن اليمين على المدعى عليه** » وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة ، أو بعث به إليها ، فقالت : إنما فعلت ذلك تبرعًا وهبة . وقال : بل وفاء للواجب عليَّ . فالقول قوله ؛ لأنه أعلم بنيته ، أشبه ما لو قضى دينه واختلف هو وغريمه في نيته . وإن طلق امرأته ، وكانت حاملًا فوضعت ، فقال : طلقتك حاملًا ، فانقضت عدتك بوضع الحمل ، وانقطعت نفقتك ورجعتك . وقالت : بل بعد الوضع ، فلي النفقة ، ولك الرجعة . فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاء النفقة ، وعدم المسقط لها ، وعليها العدة ، ولا رجعة للزوج ؛ لإقراره بعدمها . وإن رجع فصدقها فله الرجعة ؛ لأنها مقرة له بها . ولو قال : طلقتك بعد الوضع ، فلي الرجعة ، ولك النفقة . وقالت : بل وأنا حامل . فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء الرجعة ، ولا نفقة لها ولا عدة عليها ؛ لأنها حق لله تعالى ، فالقول قولها فيها . وإن عاد فصدقها ، سقطت رجعته ووجب لها النفقة . هذا في ظاهر الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فينبني على ما يعلمه من حقيقة الأمر دون ما قاله » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (٧٤) : إذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته =

(مادة ١٧٧)

إِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُ الزَّوْجِ وَعَجْزُهُ عَنِ الْقِيَامِ بِنَفَقَةِ زَوْجَتِهِ ، فَلاَ يَحْبِسُهُ الْحَاكِمُ ، وَلاَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِسَبَبِ عَجْزِهِ ، بَلْ يَفْرِضُ لَهَا النَّفَقَةَ ، وَيَأْمُرُهَا بِالاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ .

وَتَجِبُ الإِدَانَةُ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا مِنْ أَقَارِبِهَا عِنْدَ عَدَمِ الزَّوْجِ .

وَإِنْ كَانَ لَهَا أَوْلاَدٌ صِغَارٌ ، تَجِبُ الإِدَانَةُ لأَجْلِهِمْ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ لَوْلاَ وُجُودُ الأَبِ .

وَيُحْبَسُ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الإِدَانَةُ إِذَا امْتَنَعَ (١) .

* * *

١٠٨٠ - فقد بان لك أنه متى ظهر للقاضي يسار الزوج وامتنع عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر يبيعه القاضي للنفقة عليها حبسه حتى يمتثل فإن ظهر له

= وطلبت الزوجة نفقة لها يقدرها القاضي من يوم الطلب على أن تكون دينًا في ذمته ، ويأذن للزوجة أن تستدين على حساب الزوج .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٤٧) إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الحاضر الذي لا مال له ظاهر ، وامتنع عن الإنفاق ، ولم يدع الإعسار وأصر على عدم الإنفاق قضي بالتفريق بينهما في الحال .

المادة (١٤٨) إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الحاضر الذي لا مال له ظاهر ، وامتنع عن الإنفاق ، وادعى الإعسار وأثبته ، أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فرق بينهما .

المادة (١٤٩) إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الحاضر الذي لا مال له ظاهر، وامتنع عن الإنفاق ، وادعى الإعسار ، ولم يثبته ، ضرب له القاضي أجلًا لا يتجاوز شهرا لينفق فيه وإلا فرق بينهما بعد الأجل .

المادة (١٥٠) إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الغائب ، في مكان معروف ، يمكن إعلانه فيه ، ولا مال له ظاهر ، ولم يترك لها مالا تنفق منه ، أمهله القاضي أربعة أشهر لينفق فيها وإلا فرق بينهما .

المادة (١٥١) إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الغائب في مكان مجهول ، ولا مال له ظاهر ولم يترك لها مالا يمكن الإنفاق منه ، فرق القاضي بينهما في الحال .

المادة (١٥٢) مع مراعاة ما نص عليه في المادتين السابقتين ، لا يفرق القاضي بين الزوجين إلا بعد إثبات الدعوى وتحليف الزوجة يمين الاستظهار .

المادة (١٥٣) يعتبر التفريق لعدم الإنفاق أو الإعسار فسخًا .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٨٦/٢ ، ٨٧) : « (ومن أعسر بنفقة زوجته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه) فائدة الإذن في الاستدانة أنها تحيل الغريم على الزوج ، فيطالبه بالدين وإن لم يرض الزوج وإن استدانت بغير إذنه كانت المطالبة عليها خاصة ، وإن استدانت قبل أن يأمرها الحاكم فهي متطوعة ولا شيء من ذلك على الزوج يعني إذا كانت النفقة لم تفرض لها عليه قبل ذلك ، أما إذا كانت قد فرضت لم تكن متطوعة بل يكون دينًا على الزوج » .

عجزه فلا يحبسه ؛ لأنه لا فائدة فيه فإن طلبت المرأة من القاضي أن يفرق بينهما بسبب عجزه عن النفقة فلا يجيبها إلى هذا الطلب بل يفرض لها النفقة على حسب حالهما أو حال الزوج كما عرفته مما تقدم ويأمرها بأن تستدين ما فرضه لها على الزوج ؛ ليؤخذ منه إذا أيسر ، وقد يقال ربما لا تجد من يعطيها النفقة المفروضة دينًا على الزوج فنقول : يجبر من تجب عليه نفقتها من الأقارب بفرض عدم وجود الزوج على أن يعطيها مقدار النفقة المقدَّرة ليرجع بها على الزوج إذا أيسر فإذا كان لها ابن موسر أُجبر على ذلك فإن لم يكن فالأب . فإن لم يكن الأب موجودًا أو كان ولكنه معسر فالأم وهكذا جميع الأقارب بالترتيب الذي ستعرفه في نفقة الأقارب - إن شاء اللّٰه تعالى - فإذا امتنع من تجب عليه النفقة لولا وجود الزوج عن الإدانة حبسه القاضي حتى يمتثل . وفائدة أمر القاضي بالاستدانة مع فرض النفقة لها هي أن يمكنها إحالة من أخذت منه النفقة دينًا على الزوج وإن لم يرض فيطالبه بها بخلاف ما إذا كانت بغير أمره حيث تطالب هي ثم ترجع به على الزوج ، ولا تحيل عليه الغريم بلا رضاه لعدم ولايتها عليه .

١٠٨١ - وقال الشافعي رحمه اللّٰه تعالى يفرق القاضي بين الزوجين بعجزه عن النفقة لما روى أبو هريرة من قوله عليه الصلاة والسلام « **ابدأ بمن تعول** » فقال : من أعول يا رسول اللّٰه ؟ قال : « **امرأتك تقول : أطعمني أو فارقني ، وجاريتك تقول : أطعمني واستعملني ، وولدك يقول : إلى من تتركني ؟** » وكتب سيدنا عمر رضى اللّٰه تعالى عنه إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم ، فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا نفقتهن الباقية ، ولأن الواجب على الزوج الإمساك بالمعروف ، وقد فات ذلك بالعجز عن النفقة فتعين التسريح بالإحسان فصار كالجب والعنة بل أولى ؛ لأن البدن لا بقاء له بدون النفقة ، ويبقى بدون الجماع .

١٠٨٢ - ولنا قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ فيدخل تحته كل معسر وقوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ .

١٠٨٣ - وهذا دليل على أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بالإنفاق فلا يجب عليه الإنفاق في هذه الحالة .

١٠٨٤ - ولأن في التفريق إبطال الملك على الزوج وفي الأمر بالاستدانة تأخير حقها وهو أهون من الإبطال فكان أولى .

١٠٨٥ - والحديث المتقدم لا دلالة فيه على ذلك ؛ لأنه ليس فيه إلا حكاية قول المرأة أطعمني أو فارقني فليس فيه دلالة على أن الفراق واجب عليه إذا طلبت ذلك ولا يمكن الاحتجاج بكتاب سيدنا عمر أيضًا ؛ لأن مذهبه إسقاط طلبها من المعسر كما رواه الثقات

وكتابه كان إلى القادرين على النفقة ، ولهذا أمرهم أن يوفوا بالبقية من النفقة الماضية .

١٠٨٦ - ولا يمكن قياس النفقة على الجب والعنة لأنهما يفوت بهما المقصود من الزواج وهو التناسل ، والمال تابع فلا يلحق بما هو أصل ؛ ولأن النفقة لا تفوت بل تتأخر وتبقى دينًا في الذمة فيمكن تداركها بعد زمن فلا تكون معارضة لإبطال حقه في الملك وفي الجب والعنة لا يمكن ذلك فتعارض الحقان فترجح حقها ؛ لأنه أصدق من حقه إذ لا حاجة له إليها فيما يرجع إلى المقصود بالزواج .

١٠٨٧ - وبهذا تبين أن الإمساك بالمعروف لم يفت ؛ لأن كل واحد مخاطب بما عنده لقوله تعالى ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ وليس له قدرة إلا على الالتزام في الذمة فيجب المصير إليه إلى الميسرة بالنص ولهذا وجب المصير إليه في حق المهر والنفقة المجتمعة من الماضي .

١٠٨٨ - وقال الإمام مالك رحمه اللّٰه تعالى : إذا امتنع الزوج من الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ، وأصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال .

١٠٨٩ - وإن ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالًا وإن أثبت الإعسار أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

١٠٩٠ - وإن كان الزوج مريضًا أو مسجونًا وامتنع عن الإنفاق على زوجته أمهله القاضي مدة يرجى فيها الشفاء أو الخلاص من السجن فإن طالت مدة المرض أو السجن بحيث يخشى الضرر أو الفتنة طلق عليه القاضي .

١٠٩١ - وإذا كان الزوج غائبًا غيبة قريبة ، ولم يترك نفقة لزوجته ضرب القاضي له أجلًا فإن لم يرسل ما تنفقه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل فإن كان بعيد الغيبة أو كان مجهول المحل وثبت إنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي .

١٠٩٢ - فإن كان للزوج الغائب مال أو دين في ذمة أحد أو وديعة في يد آخر كان للزوجة حق طلب فرض النفقة من ذلك المال أو الدين ولها أن تقيم البينة على من ينكر الدين أو الوديعة ويقضي بطلبها ، وذلك بعد أن تحلف أنها تستحق النفقة على الغائب وأنه لم يترك لها مالًا ولم يقم عنه وكيلًا في الإنفاق عليها .

١٠٩٣ - وتطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا فللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره واستعد للإنفاق في أثناء المدة فإن لم يثبت يساره أو لم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة .

١٠٩٤ - وقال الإمام أحمد رضى الله تعالى عنه : متى عجز الزوج عن نفقة المعسرين سواء كانت النفقة قوتًا أو كسوةً أو مسكنًا بأن لم يقدر على شيء أصلًا أو صار لا يجد النفقة إلا يومًا دون يوم فللزوجة الفسخ فورًا ومتراخيًا ولها المقام معه مع منعها نفسها عنه وبدونه ولا يمنعها تكسبًا ، ولها الفسخ بعده فإن غاب الموسر عن زوجته وتعذرت عليها النفقة بأن لم يترك لها ما تنفقه على نفسها ولم تقدر له على مال ولا أمكنها تحصيل نفقتها بالاستدانة عليه ولا غيرها فلها الفسخ فورًا ومتراخيًا .

١٠٩٥ - وقال بعضهم : لا تملك الفسخ إلا إذا ثبت إعساره ولا يصح الفسخ في ذلك كله بلا حكم حاكم فيفسخ بطلبها أو تفسخ هي بأمره ؛ لأنه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى حكم الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجب الحكم إلا بطلبها لأنه لحقها فلا يجوز من غير طلبها كالفسخ للعنة فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه ؛ لأنها فرقة لعجزه عن الواجب عليه فأشبهت فرقة العنة .

١٠٩٦ - وللحاكم بيع عقار وعرض لغائب ترك زوجته بلا نفقة ولا منفق إن لم تجد غيره وينفق عليها يومًا بيوم ولا يجوز أكثر ثم إن بان ميتًا قبل إنفاقه حسب عليها ما أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم . وإن امتنع الموسر من النفقة أو من الكسوة أو بعضها وقدرت على أخذ ذلك من ماله فلها الأخذ بلا إذنه بقدر كفايتها وكفاية ولدها الصغير لحديث هند إلى آخر ما هو مذكور في دليل الطالب في صحيفة ٩٤ من الجزء الثاني .

١٠٩٧ - وإذا كان للزوج الفقير أولاد تجب نفقتهم عليه أجبر من تجب عليه النفقة لولا وجود الأب على الإنفاق عليهم فإذا امتنع عن ذلك مع القدرة حبسه القاضي حتى يمتثل .

(مادة ١٧٨)

إِذَا فَرَضَ الْحَاكِمُ النَّفَقَةَ ، أَوْ تَرَاضَى الزَّوْجَانِ عَلَى شَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، فَلِلْمَرْأَةِ إِذَا عَلِمَتْ أَوْ خَافَتْ غَيْبَةَ زَوْجِهَا أَنْ تَأْخُذَ عَلَيْهِ كَفِيلًا جَبْرًا يَضْمَنُ لَهَا نَفَقَةَ شَهْرٍ أَوْ أَكْثَرَ عَلَى قَدْرِ الْمُدَّةِ الَّتِي يُمْكِنُ أَنْ يَغِيبَهَا الزَّوْجُ [١] .

* * *

١٠٩٨ - فقد بان لك مما تقدم أن القاضي إنما يفرض النفقة للزوجة ويأمر الزوج

---

(١) **قول المالكية** : جاء في الشرح الكبير (٢/٥٢٠) : « (و) لها (طلبه) أي مطالبته (عند) قصد (سفره بنفقة المستقبل) إلى قدومه ليدفعها لها معجلة (أو يقيم لها كفيلًا) يدفعها لها على حسب ما كان الزوج يدفعها لها » .

بتسليمها لها إن ظهر له عدم الإنفاق أو التضييق عليها ؛ لأنه غير قائم بالواجب عليه شرعًا فهو ظالم فيردعه القاضي عن ظلمه فإذا فرض الحاكم النفقة أو لم يفرضها ولكن حصل اتفاق بين الزوجين على أن يعطيها كل شهر مثلًا مبلغًا من النقود لتنفقه على نفسها فما دام الزوج مقيمًا وليس من نيته السفر إلى غير البلد المقيمة فيه الزوجة فلا حق لها في مطالبته بالكفيل لإمكان مطالبتها الزوج بها عند استحقاقها .

١٠٩٩ - فإذا عزم الزوج على السفر وعلمت المرأة بذلك أو خافت غيبته فطلبت من القاضي أن يجبر الزوج على أن يأتي لها بشخص يضمن لها النفقة في المدة التي يمكن أن يغيبها الزوج سواء كانت شهرا أو أكثر فقال أبو حنيفة : لا يجيبها إلى طلبها فلا يجبره على ذلك لأن النفقة التي تريد أخذ كفيل بها ليست واجبة عليه الآن إذ الوقت الذي تستحق فيه لم يجئ ومن المحتمل سقوطها بالنشوز أو بالموت فلا يجبر ، وقال أبو يوسف : يجيب القاضي طلبها فيجبره على إعطائها كفيلًا يضمن لها النفقة تلك المدة والفتوى على قوله ؛ لأن فيه الاستيثاق بالحقوق خصوصًا النفقة التي عليها حياة الأنفس وهي وإن كانت محتملة للسقوط إلا إنه لا ضرر في أخذ الكفيل ؛ لأنها إن سقطت فلا يطالب بشيء .

(مادة ١٧٩)

النَّفَقَةُ الْمُقَدَّرَةُ لاَ تَبْقَى بِحَالٍ وَاحِدَةٍ بَعْدَ تَقْدِيرِهَا ، بَلْ تَتَغَيَّرُ تَبَعًا لِتَغَيُّرِ أَحْوَالِ الزَّوْجَيْنِ ، بِحَيْثُ لَوْ قُضِيَ بِنَفَقَةِ الإِعْسَارِ أَوْ بِنَفَقَةِ الْيَسَارِ ، فَأَيْسَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ أَعْسَرَ ، تُقَدَّرُ نَفَقَةُ الْوَسَطِ . وَإِنْ أَيْسَرَا بَعْدَ إِعْسَارِهِمَا ، تُتَمَّمُ نَفَقَةُ الْيَسَارِ لِلْمُسْتَقْبَلِ (١) .

* * *

١١٠٠ - وليس في النفقة تقدير لازم ؛ لأن المقصود منها الكفاية وذلك مما تختلف فيه طباع الناس وأحوالهم وتختلف باختلاف الأوقات ولذا لا تبقى النفقة المقدرة بحال

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٥/٤) : « ولو فرض القاضي لها نفقة شهر وهو معسر ثم أيسر قبل تمام الشهر يزيدها في الفرض ؛ لأن النفقة تختلف باختلاف اليسار والإعسار ، وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فإنه يزيدها في الفرض ؛ لأن الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف باختلاف السعر » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٥/٤) : « الزوج إذا أعسر بعد أن كان موسرًا فإن ما تجمد لزوجته في زمن اليسر من نفقة فإنه باق في ذمته كسائر الديون تأخذه منه إذا أيسر وسواء كان فرضه حاكم أو لا ، ولا ينعطف السقوط في زمن العسر على ما تجمد في زمن اليسر ولا يسقط العسر إلا زمنه خاصة » .

واحدة بعد تقديرها بل تتغير تبعًا لتغير أحوال الزوجين ولغلاء أصناف المأكولات واللوازم ورخصها ، فإذا قضى بنفقة الإعسار أو بنفقة اليسار فأيسر أحدهما أو أعسر تقدر نفقة الوسط وإن أيسرا بعد إعسارها تتم نفقة اليسار للمستقبل ؛ لأن القضاء بها كان لعذر الإعسار فإذا زال العذر بطل ذلك ولا يخفى عليك أن هذا مبني على القول في فرض النفقة باعتبارها حال الزوجين ، وأما على القول الآخر فيعتبر حال الزوج فقط بالنظر ليساره وإعساره وكذا إذا غلت أصناف المأكولات واللوازم أو رخصت فإنا نزيد أو ننقص الدراهم المقدرة بنسبة الغلاء أو الرخص الذي حصل لأن في بقاء التقدير بمقدار معين إضرارًا بأحدهما .

(مادة ١٨٠)

لاَ يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَخْذُ أُجْرَةٍ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى مَا تُهَيِّئُهُ مِنَ الطَّعَامِ لأَكْلِهِمَا ، وَإِنْ كَانَ لا يَجِبُ عَلَيْهَا ذَلِكَ قَضَاءً ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهَا أَخْذُ الأُجْرَةِ عَلَى مَا تُسَوِّيهِ مِنَ الطَّعَامِ بِأَمْرِهِ لِلْبَيْعِ .

* * *

١١٠١ - والزوجة لا يلزمها تهيئة الطعام لنفسها وزوجها وأولادها قضاء بل على الزوج أن يأتيها بمن يهيئ ذلك ، وإن كانت الزوجة تؤمر ديانة به ولا يجوز لها أخذ أجرة من زوجها إن باشرت ذلك لوجوبه عليها ديانة ولو شريفة ؛ لأنه - عليه الصلاة والسلام - قسم الأعمال بين سيدنا علي - كرم الله تعالى وجهه - وسيدتنا فاطمة فجعل أعمال الخارج على سيدنا علي وأعمال البيت على سيدتنا فاطمة - رضى الله تعالى عنها - مع إنها سيدة نساء العالمين فإن كان زوجها مما يبيع الطعام في السوق وهيأته له جاز لها أخذ أجرته لأنه لا يلزمها قضاء ولا ديانة .

١١٠٢ - وقال بعضهم : إن امتنعت الزوجة عن الخدمة في بيتها فإن كانت ممن لا تخدم أو ممن تخدم ولكن بها ما يمنعها عن الخدمة فعليه أن يأتيها بخادمة ، فإن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر تجبر على الخدمة قضاء ، وهذا هو الذي يجب التعويل عليه كما لا يخفى .

الفصل الرابع
في تقدير الكسوة والسكنى

(مادة ١٨١)

كِسْوَةُ الْمَرْأَةِ وَاجِبَةٌ عَلَى الزَّوْجِ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ عَلَيْهَا ، وَيُفْرَضُ لَهَا كِسْوَتَانِ فِي السَّنَةِ ، كِسْوَةٌ لِلشِّتَاءِ وَكِسْوَةٌ لِلصَّيْفِ ، وَيُعْتَبَرُ فِي تَقْدِيرِهَا حَالُ الزَّوْجَيْنِ يَسَارًا وَإِعْسَارًا وَعُرْفُ الْبَلَدِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٥٨٠/٣ ، ٥٨١) : « (وتفرض لها الكسوة في كل نصف حول مرة) لتجدد الحاجة حرًا وبردًا (وللزوج الإنفاق عليها بنفسه) ولو بعد فرض القاضي خلاصة (إلا أن يظهر للقاضي عدم إنفاقه فيفرض) أي يقدر (لها) بطلبها مع حضرته ويأمره ليعطيها إن شكت مطله ولم يكن صاحب مائدة ؛ لأن لها أن تأكل من طعامه وتتخذ ثوبًا من كرباسه بلا إذنه ، فإن لم يعط حبسه ولا تسقط عنه النفقة خلاصة وغيرها ، وقوله (في كل شهر) أي كل مدة تناسبه كيوم للمحترف وسنة للدهقان ، وله الدفع كل يوم ، كما لها الطلب كل يوم عند المساء لليوم الآتي» .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٥٧/٥ ، ١٥٨) : « (و) يجب لها (كسوة) لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ، ولما روى الترمذي أن رسول الله ﷺ قال في حديث : « وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن » وقال : حديث حسن صحيح ، ولا بد أن تكون الكسوة (تكفيها) للإجماع على أنه لا يكفي ما ينطلق عليه الاسم ، وتختلف كفايتها بطولها وقصرها وسمنها وهزالها ، وباختلاف البلاد في الحرّ والبرد ، ولا يختلف عدد الكسوة باختلاف يسار الزوج وإعساره ولكنهما يؤثران في الجودة والرداءة ، ولا فرق بين البدوية والحضرية على المذهب وفي الحاوي : لو نكح حضري بدوية وأقاما في بادية . أو حاضرة وجب عرفها ، ويقاس عليه عكسه . فإن قيل : لم اعتبرتم الكفاية في الكسوة ولم تعتبروها في الطعام ، . أجيب : بأن الكفاية في الكسوة متحققة بالمشاهدة ، وكفاية الطعام ليست كذلك فلم يعتبروها للجهل بها (فيجب) لها عليه في كل ستة أشهر (قميص) وهو ثوب مخيط يستر جميع البدن ، وفي ذلك إشعار بوجوب الخياطة على الزوج ، وبه صرح في الروضة كأصلها (وسراويل) وهو ثوب مخيط يستر أسفل البدن ويصون العورة ، وهو معرب مؤنث عند الجمهور ، وقيل : مذكر ، وهو مفرد على الصحيح ، ويدل له تعبير المصنف بسراويل إذ لا يجب الجمع ، وقيل : هو جمع سروالة ، ومحل وجوبه كما قال الماوردي إذا اعتادت لبسه ، فإن اعتادت لبس مئزر أو فوطة وجب ، ومحل وجوبه في الشتاء . أما في الصيف فلا كما قاله الجويني وإن أفهم كلام المصنف كغيره خلافه (وخمار) وهو ما يغطى به الرأس (ومُكْعَب) وهو مداس الرجل ، بكسر الراء ، من نعل أو غيره خلاف ما توهمه عبارة الروضة من جمعه بين المكعب والمداس والنعل .

قال ابن الرفعة : ويجب لها القبقاب إن اقتضاه العرف . قال الماوردي : ولو جرت عادة نساء أهل القرى أن =

١١٠٣ - كما أن نفقة الطعام تجب على الزوج لزوجته بمجرد العقد الصحيح أي سواء انتقلت إلى بيت الزوج أو لم تنتقل ، كذلك الكسوة تجب عليه بمجرد العقد الصحيح ؛ إذ النفقة شرعًا تشملها ؛ لأنها عبارة عن ثلاثة أشياء وهي الطعام والكسوة

= لا يلبسن في أرجلهن شيئًا في البيوت لم يجب لأرجلهن شيء (ويزيد) الزوج زوجته على ذلك (في الشتاء جبة) محشوة قطنًا أو فروة بحسب العادة لدفع البرد ، فإن اشتد البرد فجبتان ، أو فروتان فأكثر بقدر الحاجة ، والتعبير بالشتاء جرى على الغالب ، وإلا فالعبرة بالبلاد الباردة ، وإذا لم تستغن في البلاد الباردة بالثياب عن الوقود وجب لها من الحطب والفحم بقدر العادة ، قاله السرخسي وأقراه . قال الزركشي : وإذا كان المناط العادة فأكثر البوادي لا يوقدون إلا بالبعر ونحوه فيكون هو الواجب ا هـ . وفيه نظر ، ويجب لها أيضًا توابع ذلك من كوفية للرأس ، وتكة للباس وزر للقميص والجبة ونحوها (وجنسها) أي الكسوة (قطن) أي ثوب يتخذ منه ؛ لأنه لباس أهل الدين ، وما زاد عليه ترفه ورعونة ، ويختلف ذلك بحال الزوج من يسار وإعسار وتوسط فيجب لامرأة الأول من لينه ، والثاني من غليظه ، والثالث مما بينهما ، هذا إن اعتدنه (فإن جرت عادة البلد لمثله) أي الزوج ، وهذا يقتضي النظر إلى الزوج دونها .

قال الزركشي : وليس كذلك ، بل كلام الرافعي وغيره مصرح بأن اللزوم على عادة البلد المراد لمثلها من مثله ، فقد نص في البويطي على اعتبار كسوة مثلها ، وعلق المصنف بجرت قوله (بكتان) بفتح كافه أفصح من كسرها (أو حرير وجب في الأصح) مع وجوب التفاوت في مراتب ذلك الجنس بين الموسر وغيره عملا بالعادة . والثاني : لا يلزمه ذلك بل يقتصر على القطن لما مر ، وتعتبر العادة في الصفاقة ونحوها . نعم لو جرت العادة بلبس الثياب الرفيعة التي لا تستر ولا تصح فيها الصلاة ؛ فإنه لا يعطيها منها ، لكن من الصفيق الذي يقرب منه في الجودة » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٨٩/٤) : « كسوة الزوجة والغطاء والوطاء يقدر ذلك لها مرتين في السنة مرة في الشتاء ومرة في الصيف لاختلاف مناسب الزمنين من فرو ولبد وسرير وغيرها ، حكاه اللخمي وتكون بالأشهر والأيام والمراد بالشتاء فصله وما والاه وكذا يقال في الصيف » .

قول الحنابلة : جاء في مطالب أولي النهى (٦١٨/٥ ، ٦١٩) : « (و) يفرض حاكم لموسرة من الكسوة (ما يلبس مثلها من حرير وخز وجيد كتان وجيد قطن) على ما جرت به عادة مثلها من الموسرات بذلك البلد (وأقله) أي ما يفرض من الكسوة (قميص وسراويل وطرحة) وهي ما تضعه فوق المقنعة ، وتسمى الوقاية (ومقنعة) تقنع بها المرأة رأسها (ومداس وجبة) أي : مضربية (للشتاء) لأن ذلك أقل ما تقع به الكفاية ؛ لأن الشخص لا بد له من شيء يواري جسده وهو القميص ، ومن شيء يستر عورته وهو السراويل ، ومن شيء يدفئه وهو جبة للشتاء (وتزاد من عدد ثياب ما جرت عادة بلبسه مما لا غناء لها عنه) لأن الواجب دفع الحاجة الغالبة و (لا) يجب عليه تحصيل ثياب معدة (لتجمل وزينة ، ولا) يجب عليه شراء (خف وإزار للزوج ، لأنه لم يبن أمرها على الخروج) ولأنها ممنوعة من الخروج لحق الزوج ، فلا يجب عليه مؤنة ما هي ممنوعة منه لأجله .

(و) أقل ما يفرض (للنوم فراش ولحاف ومخدة) بكسر الميم (محشو ذلك بالقطن إن كان عرف البلد) لأنه المعروف وملحفة للحاف ؛ لأنه معتاد وإزار تنام فيه إذا كانت العادة جارية بالنوم فيه كأرض الحجاز ونحوها (و) أقل ما يفرض (للجلوس بساط) من صوف (ورفيع الحصير) لأن ذلك مما لا غناء عنه » .

والسكنى ، وحيث إن الإنسان يحتاج إلى ثياب في الشتاء تخالف ما يحتاج إليه منها في الصيف إذ كل زمن له ثياب تناسبه ، فيفرض على الزوج أن يكسو الزوجة في كل فصل بما يناسبه من الثياب ، وما تقدم لك من الخلاف في تقدير نفقة الطعام وهو اعتبار حال الزوجين أو حال أحدهما جار هنا أيضا فإن كان الزوجان موسرين أو معسرين قضى بكسوة اليسار أو الإعسار بالاتفاق ، وإن كان أحدهما موسر والآخر معسرًا فبعضهم يعتبر حالهما وبعضهم يعتبر حاله ، وقد عرفت دليل كل مما تقدم وكما أنه يعتبر حال الزوج في اليسار والإعسار ، كذلك يعتبر عرف البلد بالنسبة للكسوة ؛إذ كل جهة لها ثياب مخصوصة بهيئة معلومة عندهم فيجب على الزوج أن يأتي زوجته بالكسوة التي تناسب عرف البلد المقيم به الزوجان .

(مادة ١٨٢)

تُفْرَضُ الْكِسْوَةُ ثِيَابًا ، أَوْ تُقَدَّرُ الثِّيَابُ بِدَرَاهِمَ وَيُقْضَى بِقِيمَتِهَا ، وَتُعْطَى لَهَا مُعَجَّلَةً (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في العقود الدرية (٧٤/١) : « سئل قارئ الهداية إذا طلبت تقدير النفقة لها ولأولادها دراهم هل لها ذلك أجاب : لا يجب بل الواجب عليه طعام وإدام على الغني خبز حنطة ولحم غداء وعشاء بقدر كفايتها والمتوسط خبز ودهن وعلى الفقير خبز وجبن وخل إلا أن يعلم القاضي أنه يضارها في ذلك فيفرض عليه شيئًا وإذا امتنع من أن يفرض شيئًا حبس حتى يفرض . وسئل أيضًا فيما لو قرر لها مبلغًا من النقود في نظير كسوتها عليه وحكم الحاكم به فرجعت وطلبت كسوتها قماشًا فأجاب : لها ذلك وتطلب كفايتها وإن حكم بها الحاكم لكن للمستقبل وتستحق قماشًا يناسبها » .

قول الشافعية : جاء في البهجة الوردية (٣٩٢/٤) : « (وجاز) للزوجة (أن تعتاض) من الزوج (عنه) أي عن واجبها الذي استقر من نفقة وكسوة (الدرهما) والدينار والثياب ونحوها لاستقراره في الذمة لمعين كدين القرض بخلاف الخبز والدقيق والسويق لا يجوز اعتياض شيء منها عن النفقة ؛ لأنه يؤدي إلى الربا وقضية التعليل أنه لو اختلف الجنس كما لو اعتاضت عن البر حيث وجب شعيرًا أو دقيقه أو خبزه جاز واحترزوا بالاستقرار عن المسلم فيها وبكونه لمعين عن طعام الكفارة » .

قول المالكية : جاء في كفاية الطالب الرباني (٦٦/٢) : « (وعليه) أي : الزوج حرًا كان أو عبدًا وجوبًا (النفقة والسكنى) للزوجة حرة كانت أو أمة مسلمة كانت أو كتابية (بقدر وجده) ظاهره أنه لا يراعى إلا حال الزوج فقط والمشهور أنه يراعي حالهما معًا فينفق نفقة مثله لمثلها في عسره ، ويسره وكذلك الكسوة ، ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه ولا يلزمها الأكل معه » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٦٢/٥) : « (فلو طلبت مكان الخبز حبًا أو دراهم أو دقيقًا أو غير ذلك) لم يلزمه بذله (أو) طلبت (مكان الكسوة دراهم أو غيرها) من العروض (لم يلزمه بذله) لأن ذلك =

١١٠٤ - والزوج هو الذي يلي الإنفاق على زوجته فإن قام بالواجب عليه شرعًا فبها ونعمت وإن اشتكت منه الزوجة ورفعت أمرها إلى القاضي وادعت إنه لا يسكوها وتحقق عند القاضي ذلك فرض لها الكسوة كما تقدم فإن شاء قدرها ثيابًا وأمر الزوج بإحضارها لها وإن شاء قوم هذه الثياب بدراهم وأمره بإعطائها إياها لتشتري بها ، وهذا يكون من غير شك على حسب الأحوال ، فإن بعض الأزواج متى أمر بإحضار كسوة زوجته فلا يتأخر ، والبعض الآخر يماطل فينظر القاضي ويحكم بالموافق .

(مادة ١٨٣)

لَا يُقْضَى لِلْمَرْأَةِ بِكِسْوَةٍ جَدِيدَةٍ قَبْلَ تَمَامِ الْمُدَّةِ ، إِلاَّ إِذَا تَخَرَّقَتْ كِسْوَتُهَا بِالاسْتِعْمَالِ الْمُعْتَادِ . وَإِذَا ضَاعَتِ الْكِسْوَةُ عِنْدَهَا ، فَهِيَ الْمَسْؤُولَةُ عَنْهَا ، وَلاَ يَجِبُ لَهَا عَلَى الزَّوْجِ غَيْرُهَا قَبْلَ حُلُولِ الْمُدَّةِ (١) .

* * *

١١٠٥ - والأصل أن القاضي متى ظهر له الخطأ في التقدير رده ، فإذا لم يظهر له لا يرد التقدير ، فإن تمزقت الكسوة بالاستعمال قبل مضي الوقت ينظر فإن كان بالاستعمال المعتاد قضى لها بكسوة أخرى لأنه تبين خطؤه في التقدير ، وإن كان بغير الاستعمال المعتاد فلا يقضي لها لأنه لم يتبين خطؤه في التقدير وإن ضاعت الكسوة أو سرقت فلا يقضي لها بكسوة أخرى قبل انتهاء المدة المقررة ؛ لأنها ملكتها بالقبض فهي المسؤولة عنها طول المدة ومثله نفقة الطعام فإنها أن نفدت قبل مضي المدة ولم يكن ذلك بإسراف منها قضي لها بطعام آخر ؛ لأنه تبين الخطأ في التقدير فإن أسرفت بالإنفاق فلا يقضي لها بأخرى إلا بعد انتهاء المدة لعدم ظهور الخطأ .

= معاوضه فلا يجبر عليها . (و) كذا (لا يلزمها قبوله بغير رضاها لو بذله) الزوج أي ما ذكر من بذل الخبز أو الكسوة لما مرّ (وإن تراضيا) أي الزوجان (على ذلك) أي أخذ العوض (جاز) لأنه الحق لا يعدوهما (بخلاف الطعام) في الكفارة فإنه حق لله تعالى (وليس هو معاوضة حقيقة) لأن الشارع لم يعين الواجب بأكثر من الكفاية فبأي شيء حصلت كان هو الواجب ، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف ؛ لأنه المتعارف فرجح بذلك . (و) إذا تراضيا على العوض في النفقة أو الكسوة أو فيهما (فلكل منهما الرجوع عنه بعد التراضي في المستقبل) لعدم استقراره » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٥٦/١) : « ولو ضاعت الكسوة أو النفقة ، أو سرقت ، لم يجدد غيرها حتى يمضي الفصل ، بخلاف المحارم . كذا في غاية السروجي » .

١١٠٦ – ولو مضت المدة والكسوة باقية فإن لم تستعمل تلك الكسوة أصلًا حتى مضي الوقت يفرض القاضي لها كسوة أخرى لأنه لم يظهر خطأ القاضي في التقدير لأنها لو استعملتها لفنيت ، وإن استعملت تلك الكسوة فإن استعملت معها كسوة أخرى في تلك المدة يفرض القاضي لها كسوة أخرى في تلك المدة وإن تستعمل مع هذه الكسوة كسوة أخرى لا يفرض لها القاضي أخرى لأنه ظهر خطؤه في التقدير حيث وقت وقتًا تبقى الكسوة وراءه ، وفرقوا بين هذا وبين ما إذا فرض لها القاضي عشرة دراهم نفقة شهر مثلا فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شيء حيث يفرض لها القاضي هنا عشرة أخرى ، وبيان الفرق بينهما أنه في هذه المسألة لم يظهر خطأ القاضي في التقدير بتعين لجواز أنه إنما بقي من العشرة شيء لتقتير وجد منها في الإنفاق على نفسها فيبقى التقدير معتبرًا فيقضي القاضي لها بعشرة أخرى أما في باب الكسوة إذا لبست جميع المدة ولم تتمزق فقد ظهر خطأ القاضي في التقدير بتعين ؛ لأننا تيقنا أنه لم يوجد منها التقتير في اللبس .

١١٠٧ – وفرقوا أيضًا بين نفقة الزوجات وكسوتهن وبين نفقة الأقارب وكسوتهم بأنه في الأقارب إذا مضى الوقت وبقى شيء من الدراهم أو الكسوة ، فإن القاضي لا يقضي بأخرى في الأحوال كلها لأن النفقة باعتبار الحاجة في حق الأقارب وفي حق المرأة جزاء عن الاحتباس ولهذا إذا ضاعت النفقة أو الكسوة من أيديهم يفرض القاضي لهم أخرى بخلاف الزوجة [1] .

(مادة ١٨٤)

تَجِبُ السُّكْنَى لِلْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا فِي دَارٍ عَلَى حِدَتِهَا إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ ، وَإِلاَّ فَعَلَيْهِ إِسْكَانُهَا فِي بَيْتٍ مِنْ دَارٍ عَلَى حِدَتِهِ بِهِ الْمَرَافِقُ الشَّرْعِيَّةُ وَلَهُ جِيرَانٌ بِحَسَبِ حَالِ الزَّوْجَيْنِ [1] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٦٥) : على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المسكن :

المادة (٣٦) : يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته وعمله .

جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٣) على الزوج أن يهيئ لزوجته في محل إقامته مسكنًا شرعيا ملائمًا يتناسب وحالتيهما .

المادة (٧٤) تسكن الزوجة مع زوجها في المسكن الذي أعده ، وتنتقل منه بانتقاله ، إلا إذا اشترطت في العقد خلاف ذلك ، أو قصد من الانتقال الإضرار بها .

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٥٨/٣) : « تجب لها السكنى في بيت ليس فيه أحد من أهله ، =

١١٠٨ - وكما تجب النفقة والكسوة على الزوج لزوجته تجب عليه السكنى لها لأنها داخلة في النفقة شرعًا إذ هي تشمل الطعام والكسوة والسكنى ووجوبها بقدر حالهما معًا أو حال الزوج على الخلاف المتقدم ، فإن كان الزوجان موسرين فعلى الزوج إسكانها في دار على حدتها وإن لم يكونا كذلك فعليه إسكانها في بيت من دار على حدته يكون مشتملًا على المرافق الشرعية التي يحتاج إليها الإنسان حسب حال الزوجين ، وإنما وجبت السكنى لأنها من كفاية الزوجة فتجب لها كالنفقة وقد أوجبها الله تعالى كما أوجب النفقة بقوله ﷻ : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ﴾ أي أسكنوهن من حيث سكنتم من طاقتكم أي مما تطيقونه سواء كان ملكًا أو إجارة أو عارية (١) .

= ولا من أهلها إلا أن يختارا ذلك ؛ لأن السكنى حقها إذ هي من كفايتها فتجب لها كالنفقة ، وقد أوجبها الله تعالى مقرونًا بالنفقة بقوله ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ . أي : وأنفقوا عليهن من وجدكم ، وهكذا قرأها ابن مسعود ، وإذا كان حقًّا لها فليس له أن يشرك غيرها فيها كالنفقة ، وهذا لأن السكنى مع الناس يتضرران بها فإنهما لا يأمنان على متاعهما ، ويمنعهما من الاستمتاع والمعاشرة إلا أن يختارا ذلك ، لأن الحق لهما فلهما أن يتفقا عليه ، ولو أسكن أمته معها ليس لها أن تمتنع من ذلك ؛ لأنه يحتاج إلى الاستخدام فلا يستغني عنها ، ولو أخلى لها بيتًا من دار ، وجعل له مرافق وغلقًا على حدة كفاها لحصول المقصود بذلك ، فإن اشتكت من الزوج الإيذاء بسوء العشرة فإن علم القاضي بذلك أو أخبره عدل نهاه عن ذلك ومنعه ، وفي الغاية عليه أن يسكنها عند جيران صالحين » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي على المنهاج (٧٥/٤) : « ولها عليه تهيئة مسكن (يليق بها) عادة من دار أو حجرة أو غيرهما (ولا يشترط كونه ملكه) بل يجوز كونه مستأجرًا ومستعارًا (وعليه لمن يليق بها خدمة نفسها إخدامها) لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها ، والعبرة في ذلك بحالها في بيت أبيها مثلًا دون أن ترتفع بالانتقال إلى بيت زوجها » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٨٨/٤ ، ١٨٩) : « ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضيعة أي للزوجة أن تمتنع من السكنى مع أقارب زوجها إلا أن تكون وضيعة القدر فلا كلام لها ، قال عبد الملك في المرأة : تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة ، فتقول : إن أهلك يؤذونني ، فأخرجهم عني أو أخرجني عنهم رب امرأة لا يكون لها ذلك لكون صداقها قليلًا وتكون وضيعة القدر ، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها وفي المنزل سعة فأما ذات القدر فلا بد له أن يعزلها ، فإن حلف عن ذلك حمل على الحق أبره أو أحنثه ابن رشد ، وليس هو عندي بخلاف لمذهب مالك ، قلت : انظر هل لها الامتناع من أن تسكن مع خدمه وجواريه ؟ والظاهر ليس لها ذلك لأن له وطء أمته وربما احتاج إلى خدمة أرقائه » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٣٥٢/٩) : « يجب على الرجل نفقة امرأته ما لا غنى لها عنه ، وكسوتها بالمعروف ، ومسكنها بما يصلح لمثلها ، وليس ذلك مقدرًا . لكنه معتبر بحال الزوجين » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٦٩) : ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها .

(مادة ١٨٥)

لَيسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يُجْبِرَ الْمَرْأَةَ عَلَى إِسْكَانِ أَحَدٍ مَعَهَا مِنْ أَهْلِهِ وَلاَ مِنْ أَوْلاَدِهِ الَّذِينَ مِنْ غَيْرِهَا ، سِوَى وَلَدِهِ الصَّغِيرِ الْغَيْرِ الْمُمَيِّزِ ، وَلَهُ إِسْكَانُ أَمَتِهِ وَأُمِّ وَلَدِهِ مَعَهَا .

وَلَيسَ لَهَا أَنْ تُسْكِنَ مَعَهَا فِي بَيْتِ الزَّوْجِ أَحَدًا مِنْ أَهْلِهَا ، وَلَوْ وَلَدُهَا الصَّغِيرُ مِنْ غَيْرِهِ ، وَلاَ يَكُونُ ذَلِكَ إِلاَّ بِالرِّضَا (١) .

* * *

= جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : انفراد الزوجة في المسكن :

المادة (٣٨) : ليس للزوج أن يسكن أهله واقاربه أو ولده المميز معه بدون رضاء زوجته في المسكن الذي هيأه لها ، ويستثنى من ذلك أبواه الفقيران العاجزان إذا لم يمكنه الإنفاق عليهما استقلالاً وتعين وجودهما عنده دون أن يحول ذلك من المعاشرة الزوجية ، كما أنه ليس للزوجة أن تسكن معها أولادها من غيره أو أقاربها بدون رضاء زوجها .

جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٥) لا يحق للزوجة أن تسكن معها في بيت الزوجية أولادها من غيره إلا إذا لم يكن لهم حاضن غيرها، أو يتضررون من مفارقتها ، أو رضي الزوج بذلك صراحة أو ضمنًا ، ويحق له العدول متى لحقه ضرر من ذلك .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٥٦/١) : « تجب السكنى لها عليه في بيت خال عن أهله وأهلها إلا أن تختار ذلك ، كذا في العيني شرح الكنز وإن أسكنها في منزل ليس معها أحد فشكت إلى القاضي أن الزوج يضر بها ويؤذيها ، وسألت القاضي أن يأمره أن يسكنها بين قوم صالحين يعرفون إحسانه وإساءته ، فإن علم القاضي أن الأمر كما قالت زجره عن ذلك ، ومنعه عن التعدي ، وإن لم يعلم ينظر إن كان جيران هذه الدار قومًا صالحين أقرها هناك ، ولكن يسأل الجيران عن صنعه ، فإن ذكروا مثل الذي ذكرت زجره عن ذلك ومنعه عن التعدي في حقها ، وإن ذكروا أنه لا يؤذيها فالقاضي يتركها ثمة ، وإن لم يكن في جواره من يوثق به ، أو كانوا يميلون إلى الزوج ، فالقاضي يأمر الزوج أن يسكنها في قوم صالحين ، ويسأل عن ذلك ، ويبني الأمر على خبرهم ، كذا في المحيط . امرأة أبت أن تسكن مع ضرتها ، أو مع أحمائها كأمه وغيرها ، فإن كان في الدار بيوت فرغ لها بيتًا ، وجعل لبيتها غلقًا على حدة ليس لها أن تطلب من الزوج بيتا آخر ، فإن لم يكن فيها إلا بيت واحد فلها ذلك ، وإن قالت : لا أسكن مع أمتك ليس لها ذلك ، وكذلك لو قالت : لا أسكن مع أم ولدك كذا في الظهيرية ، وبه أفتى برهان الأئمة كذا في الوجيز للكردري » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (٢٧٥/١ ، ٢٧٦) : « ويمنع الزوجان من إخراج من سكن معهما من حين الابتناء من ولد لواحد منهما أو أم وفي سواهم عكس هذا الحكم ، يعني إذا بنى الزوج بزوجته ، فأتت معها بولدها الصغير ، أو وجدت عنده ولدًا له صغيرًا وسكن ذلك الولد معهما ثم أراد إخراج ولدها ، أو أرادت إخراج ولده عنها فليس ذلك له ، ولا لها ، ويجبر الممتنع منهما على السكنى مع ذلك الولد ، وكذلك إذا وجدت عند الزوج أمه وسكتت ثم امتنعت من السكنى معها فليس لها ذلك . وأشار بقوله ، وفي سواهم عكس هذا الحكم إلى أنه إذا بنى بزوجته ولم تأت معها بولد ، أو لم تجد عنده ولدًا ، ثم أرادت أن تأتي بولدها ، أو أراد أن يأتي بولد له ، وامتنع الآخر فإن له ذلك ، ولا يجبر على السكنى معه وإنما يجبر الممتنع من =

= السكنى معه ، إذا لم يدخل عليه من أول وهلة ، إذا كان للولد ولي حاضن يمكن دفعه إليه ، وإلا أجبر الممتنع على السكنى معه . وإن لم يدخل عليه ابتداء ففي سماع أشهب وابن نافع من كتاب الطلاق من العتبية ، وسئل عن امرأة خطبها رجل ، لها بنت صغيرة لم تل نفسها فتزوجها وهو يعلم بذلك ، ثم بنى بها ، وابنتها معها ، ثم قال لها بعد ذلك أخرجي ابنتك عني ، أترى ذلك له ، فقال له : ما أرى ذلك له .

(قال ابن رشد) : ظاهر قوله أنه إذا تزوجها وهو يعلم بابنتها ، ثم بنى بها وهي معها فليس له أن يخرجها عنها وفي طرر ابن عات مما سئل عنه ابن زرب وإن بنى بها والصبي معه ، ثم أرادت بعد ذلك إخراجه عن نفسها لم يكن لها ذلك لدخولها عليه (وفي سماع سحنون) عن ابن القاسم من كتاب طلاق السنة من العتبية : أنه ليس للرجل أنه يسكن أولاده من امرأته مع امرأة له أخرى في بيت واحد ومسكن واحد يجمعهم إلا أن ترضى بذلك ، وفي سماع ابن القاسم عن مالك من كتاب النكاح من العتبية وسئل مالك عن امرأة تزوجها رجل فأسكنها مع أبيه وأمه فشكت الضرر في ذلك ، فقال مالك : ليس له أن يسكنها معهما ، فقيل له : إنه يقول : إن أبي أعمى ، وأغلق دوني ودونه بابًا قال : ينظر في ذلك ، فإن رئي ضرر كأنه يقول : إن رئي ضرر يحولها عن حالها . ا هـ . (وفي طرر ابن عات) سئل ابن زرب رحمه الله : إذا تزوج الرجل امرأة وله ولد صغير من غيرها فأراد إسكانه معها بعد البناء ، وأبت هي ذلك إن كان له من يدفعه إليه من أهله ليحضنه له ويكفله أجبر على إخراجه عنها ، وإن كان لا أهل له لم يكلف إخراجه ، وأجبرت هي على البقاء معه ، ثم قال : وكذلك الزوجة إذا كان لها ولد صغير مع الزوج هذا حرفا بحرف . ا هـ .

(تنبيه) ظاهر قوله « أو أم » أن الأم تجري على هذا التفصيل الذي في الولد وأنها إن كانت مع ابنها يوم البناء ألزمت الزوجة بالسكنى معها ، وإلا فلا ، وليس كذلك ، بل لا تجبر الزوجة على السكنى مع أمه ، أو أبيه مطلقًا ، سواء كانا معه حين البناء أو لا ولكن هذا في ذوات القدر ، وأما الوضيعة فلا .

(التوضيح) قال مالك : وليس له أن يسكن معها أبويه إلا برضاها قال في البيان لما عليها من الضرر باطلاعهم على أمرها وما تريد أن تكتمه عنهم من أمرها . (قال ابن الماجشون) في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة ، فتقول : إن أهلك يؤذونني فأخرجهم عني ، أو أخرجني عنهم ، رب امرأة لا يكون لها ذلك ؛ لكون صداقها قليلًا وتكون وضيعة القدر ، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها ، وفي المنزل سعة ، فأما ذات القدر فلابد له أن يعزلها ، وإن حلف أن لا يعزلها حمل على الحق أبره ذلك ، أو أحنثه . (قال في البيان) وليس قول ابن الماجشون عندي خلافًا لقول مالك ا هـ .

وقد تلخص من هذا أن في الأولاد تفصيلًا غير الذي في الزوجة ففي الأولاد يفرق بين أن يسكنوا من أول وهلة ، أو لا ، وفي الزوجة يفرق بين أن تكون ذات قدر أو وضيعة ، وهذا ظاهر من قول الشيخ خليل ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضيعة كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلا أن يبني وهو معه » .

قول الحنابلة : جاء في فتاوى ابن تيمية (٩٧/٣) : « مسألة : في رجل شرط على امرأته بالشهود أن لا يسكنها في منزل أبيه ، فكانت مدة السكنى منفردة وهو عاجز عن ذلك ، فهل يجب عليه ذلك ، وهل لها أن تفسخ النكاح إذا أراد إبطال الشرط ، وهل يجب عليه أن يمكن أمها أو أختها من الدخول عليها والمبيت عندها أم لا ، الجواب : لا يجب عليه ما هو عاجز عنه ، لا سيما إذا شرطت الرضا بذلك ، بل كان قادرًا على مسكن آخر لم يكن لها عند كثير من أهل العلم كمالك ، وأحد القولين في مذهب أحمد وغيرهما ، غير ما =

١١٠٩ - وإذا وجبت السكنى حقًّا للزوجة فليس للزوج أن يشرك غيرها معها ؛ لأنها تتضرر به ؛ فإنها لا تأمن على متاعها ، ويمنعها ذلك من تمام المعاشرة مع زوجها إلا أن تختار ذلك ؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها ، وحينئذٍ فليس للزوج أن يجبرها على إسكان أحد معها من أهله مطلقًا أي سواء كان من أولاده من غيرها أو من غيرهم إلا أن له أن يسكن ولده الصغير الغير المميز معها وإن لم ترضَ ؛ لأن المعاشرة لا تتعطل بوجوده كما إن له إسكان من يحتاجه لخدمته من غير رضاها أيضًا فإذا أراد أن يسكن جاريته معها أو أم ولده - بأن كانت جارية وواقعها وأتت بولد ، فقال هذا الولد مني فقد صارت أمه أم ولد له - وامتنعت الزوجة من ذلك تجبر ولا يلتفت لامتناعها ؛ لأنه يحتاج إلى كل منهما لخدمته وكما إنه ليس للزوج إسكان أحد معها جبرًا إلا من ذكروا فليس للزوجة أيضًا أن تسكن أحدًا في بيت الزوج ولو كان من تريد إسكانه فيه ولدها الصغير من غيره ؛ لأن البيت مملوك له ولو منفعة فلا يجبر على سكنى أحد فيه لا تلزمه سكناه شرعًا أما إن كان برضاه فلها ذلك لأنه أسقط حقًّا له فلا يعارض [1] .

(مادة ١٨٦)

إِذَا أَسْكَنَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ فِي مَسْكَنٍ عَلَى حِدَتِهِ مِنْ دَارٍ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَقَارِبِهِ ، فَلَيْسَ لَهَا طَلَبُ مَسْكَنٍ غَيْرِهِ ، إِلَّا إِذَا كَانُوا يُؤْذُونَهَا فِعْلًا أَوْ قَوْلًا . وَلَهَا طَلَبُ ذَلِكَ مَعَ الضَّرَّةِ .

فَإِنْ كَانَ فِي نَفسِ الْمَسْكَنِ الْمُقِيمَةِ هِيَ بِهِ ضَرَّةٌ لَهَا أَوْ إِحْدَى أَقَارِبِ زَوْجِهَا ، فَلَهَا طَلَبُ مَسْكَنٍ غَيْرِهِ ، وَلَوْ لَمْ يُؤْذُوهَا فِعْلًا أَوْ قَوْلًا [2] .

* * *

= شرط لها ، فكيف إذا كان عاجزًا أو ليس لها أن تفسخ النكاح عند هؤلاء ، وإن كان قادرًا . فأما إذا كان ذلك للسكن ويصلح لسكنى الفقير وهو عاجز عن غيره ، فليس لها أن تفسخ بلا نزاع بين الفقهاء ، وليس عليه أن يمكن من الدخول إلى منزله لا أمها ولا أختها إذا كان معاشرًا لها بالمعروف » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة ٦٧ : ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٦) لا يحق للزوج أن يسكن مع زوجته ضره لها في مسكن واحد ، إلا إذا رضيت بذلك ، ويحق لها العدول متى لحقها ضرر من ذلك .

(٢) ينظر تعليقاتنا على المسائل السابقة .

١١١٠ - والزوج هو الذي يسكن الزوجة حيث أحب ، ولكن يشترط أن لا تتضرر ، فإن تضررت من الزوج بأن قالت للقاضي : إنه يضربني ويؤذيني ، فمره أن يسكنني بين قوم صالحين فإن علم القاضي ذلك زجره ومنعه من ذلك ، وإن لم يعلم يسأل الجيران عن صنيعه فإن صدقوها منعه عن التعدي في حقها وإن لم يكن في جوارها من يوثق به أو كانوا يميلون إلى الزوج أمره بإسكانها بين قوم صالحين .

١١١١ - وإن تضررت من غير الزوج فإما أن يكون تضررها من وجوده معها في الدار وهو في مسكن على حدته أو من وجوده معها في مسكن واحد ، فإن كان الأول بأن أسكنها في مسكن من دار على حدته وكان أحد أقاربه في مسكن آخر من هذه الدار وطلبت من الزوج أن ينقلها من هذه الدار ولم يجبها فرفعت الأمر إلى القاضي أمر الزوج بإسكانها في محل آخر إذا كانوا يؤذونها بالقول أو بالفعل ، لأن غرضها منع الأذى فلها الحق فتجاب إلى طلبها فإن لم يثبت ذلك لديه فلا يلتفت إلى طلبهما ؛ لأنها متعنتة إلا إذا كان التضرر من الضرة فتجاب إلى طلبها ؛ لأن المنافرة في الضرائر أوفر والاسم مشعر بذلك ولذا قلنا غير مرة أن الأحسن له التزوج بواحدة فقط إذا لم تدع الضرورة إلى تزوج غيرها .

١١١٢ - وإن كان الثاني أجيبت إلى طلبها ، لأن السكنى وجبت حقًّا لها فليس له أن يشرك غيرها فيه إلا بالرضا ؛ لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ، ويمنعها ذلك من تمام المعاشرة مع زوجها فلا تكون متعنتة في هذا الطلب ، فتجاب إليه . وحاصل ما تقدم أنه متى جمعها مسكن واحد مع أحد أقاربه أو مع الضرة وطلبت النقلة تجاب ، وإن جمعت الكل دار ولكن كل في مسكن على حدته تجاب إلى طلبها بالنسبة للضرة لا للأقارب إلا إذا تحقق القاضي أنهم يؤذونها قولًا أو فعلًا ويؤخذ من عبارة بعض الكتب أنها لا تجاب إلى الطلب بالنسبة للضرة أيضا إذا كانت المساكن متباينة ما لم تؤذها والصحيح ما تقدم .

(مادة ١٨٧)

إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ تَسْتَوْحِشُ مِنَ الْمَسْكَنِ الَّذِي أَسْكَنَهَا فِيهِ زَوْجُهَا ، بِأَنْ كَانَ كَبِيرًا كَالدَّارِ الْخَالِيَةِ مِنَ السُّكَّانِ الْمُرْتَفِعَةِ الْجُدْرَانِ ، أَوْ كَانَ الزَّوْجُ يَخْرُجُ لَيْلًا لِيَبِيتَ عِنْدَ ضَرَّتِهَا وَلَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ أَوْ خَادِمَةٌ تَسْتَأْنِسُ بِهِمَا ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَهَا بِمُؤْنِسَةٍ ، أَوْ يَنْقُلَهَا إِلَى

حَيْثَ لاَ تَسْتَوْحِشُ (١) .

* * *

١١١٣ - فإن قام الزوج بما يلزمه شرعًا وأسكن زوجته بين جيران صالحين تستأنس بهم فبها ونعمت وإن لم يقم بذلك بأن كان المسكن الذي أسكنها فيه دار خالية من السكان مرتفعة الجدران والزوج يخرج ليلًا لسبب من الأسباب فرفعت الأمر إلى القاضي مدعية إنها تستوحش من هذا المكان ، فإن كان لها ولد يستأنس به عادة أو خادمة كذلك فلا يجيبها إلى طلبها لظهور التعنت منها ، وإن لم يكن حكم على الزوج بأحد أمرين إما أن يأتيها بمؤنسة وإما أن ينقلها إلى مكان لا تستوحش فيه وإلى هذا كله تشير الآية الشريفة المتقدمة وهي قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ (٢) .

(مادة ١٨٨)

يُفرَضُ لِلْمَرْأَةِ مَا تَنَامُ عَلَيْهِ مِنْ فِرَاشٍ وَلِحَافٍ وَمَا تَفْتَرِشُهُ لِلْقُعُودِ عَلَى قَدْرِ حَالِهَا ، وَلاَ يَسْقُطُ عِنْهُ ذَلِكَ وَلَوْ كَانَ لَهَا أَمْتِعَةٌ مِنْ فِرَاشٍ وَنَحْوِهُ .

وَعَلَيْهِ أَيْضًا مَا يَلْزَمُ مِنْ سَائِرِ أَدَوَاتِ الْبَيْتِ ، وَمَا تَتَنَظَّفُ وَتَتَطَيَّبُ بِهِ الْمَرْأَةُ عَلَى عَادَةِ أَهْلِ الْبَلَدِ (٣) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في حاشية ابن عابدين على البحر الرائق (٢١١/٤ ، ٢١٢) : « لا يلزم من كون المسكن بين جيران عدم لزوم الإتيان بالمؤنسة إذا استوحشت بأن كان المسكن متسعًا كالدار وإن كان لها جيران فعدم الإتيان بالمؤنسة في هذه الحالة لا شك أنه من المضارة لا سيما إذا خشيت على عقلها وما في النهر من قوله وهو ظاهر في وجوبها فيما إذا كان المسكن خاليًا عن الجيران يحمل على ما إذا رضيت بإسكانها فيه ولم تطالبه بالمسكن الشرعي وهو ماله جيران وحينئذ فلا يستقم الرد عليه بما في البحر . فتحصل أن الإتيان بالمؤنسة وعدمه يختلف باختلاف المساكن ، ولو مع وجود الجيران فإن كان المسكن بحال لو استغاثت بجيرانها أغاثوها سريعًا لما بينهم من القرب لا تلزمه المؤنسة وإلا لزمته ا هـ . وهو كلام حسن وينبغي أن يكون أيضًا مختلفًا باختلاف الناس فإن بعض النساء تستوحش في البيتوتة في البيت ، ولو صغيرًا بين جيران إذا كان زوجها له زوجة أخرى أو أكثر فإذا كان يخشى على عقلها إذا كانت ليلة ضرتها ينبغي أن يؤمر بالمؤنسة ولا سيما إذا كانت صغيرة فإن كثيرًا من الرجال لا يمكنه أن يبيت وحده فكيف النساء ولا ضرار في الشرع » .

(٢) الطلاق : ٦ .

(٣) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٨٤/٢) : « ويجب عليه أن يعطيها ما تفترشه على قدر حال الزوج فإن كان موسرًا وجب عليه طنفسة في الشتاء ونطع في الصيف وعلى الفقير حصير في الصيف ولبد في الشتاء =

= ولا تكون الطنفسة والنطع إلا بعد أن يفترش الحصير ويجب لها ما تتنظف به ويزيل الوسخ كالمشط والدهن والسدر والخطمي والأشنان والصابون على عادة أهل البلد وأما الخضاب والكحل فلا يلزمه بل هو على اختياره ، وأما الطيب فيجب عليه منه ما يقطع به السهوكة لا غير ويجب عليه ما يقطع به الصنان ولا يجب عليه الدواء للمرض ولا أجرة الطبيب ولا الفصاد ولا الحجام وعليه من الماء ما تغسل به ثيابها وبدنها من الوسخ ، وليس عليه شراء الماء للغسل من الجنابة فإن كانت كرمًا فهو بالخيار إن شاء نقله إليها وإن شاء أذن لها أن تذهب لتنقله لنفسها ، وإن كانت موسرة استأجرت من ينقله إليها ويجب عليه ماء الوضوء ويجب عليه مداس للرجل » .

وجاء في الفتاوى الهندية (٥٤٩/١) : « ويجب لها ما تنظف به وتزيل الوسخ كالمشط والدهن ، وما تغسل به من السدر والخطمي ، وما تزيل به الدرن كالأشنان والصابون على عادة أهل البلد ، وأما ما يقصد به التلذذ والاستمتاع مثل : الخضاب والكحل فلا يلزمه بل هو على اختياره إن شاء هيأه لها ، وإن شاء تركه ، فإذا هيأه لها فعليها استعماله ، وأما الطيب فلا يجب عليه منه إلا ما يقطع به السهوكة لا غير ويجب عليه ما يقطع به الصنان ، ولا يجب الدواء للمرض ، ولا أجرة الطبيب ، ولا الفصد ، ولا الحجامة كذا في السراج الوهاج ، وعليه من الماء ما تغسل به ثيابها وبدنها من الوسخ كذا في الجوهرة النيرة ، وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله ثمن ماء الاغتسال على الزوج ، وكذا ماء وضوئها عليه غنية كانت أو فقيرة ، وفي الصيرفية : وعليه فتوى مشايخ بلخ وفتوى الصدر الشهيد رحمه الله وهو اختيار قاضي خان كذا في التتارخانية في باب الغسل وأجرة القابلة عليها حين استأجرتها ، ولو استأجرها الزوج ، فعليه ، وإن حضر بلا إجارة فلقائل أن يقول : على الزوج ؛ لأنه مؤنة الوطء وجوز أن يقال : عليها كأجرة الطبيب كذا في الوجيز للكردري » .

قول الشافعية : جاء في البهجة الوردية (٣٩٠/٤) : « (وأمتعت) لنومها (لحافًا أو كساء) وذكر الكساء من زيادته و (طراحة وثيرة) بالمثلثة أي لينة (شتاء) أي في الشتاء وملحفة في الصيف كما ذكرها الغزالي وعبر عنها بالشعار ، فقال : ويجب لها شعار ، قال الرافعي : ويمكن أن يخص بالصيف كما خص اللحاف بالشتاء ويمكن وجوبه مع اللحاف في الشتاء كالقميص مع الجبة ، قال في المهمات : والاحتمال الأول نص عليه في الأم وصرح به بعض الأصحاب كما قاله في المطلب ا هـ وظاهر كلامهم أنه لا يجب في الصيف طراحة وليس ببعيد وأمتعت (مخدة) بكسر الميم سميت بذلك ؛ لأنها توضع تحت الخد ويفاوت فيما ذكر بين الموسر وغيره في الجودة والرداءة وأمتعت لجلوسها (حصيرًا) في الصيف (أو لبدًا) في الشتاء وهذا على المعسر أما المتوسط فعليه زلية بكسر الزاي وهي شيء مضرب صغير ، وقيل بساط صغير في الصيف والشتاء ، وعلى الموسر طنفسة بكسر الطاء والفاء وبفتحهما وبضمهما وبكسر الطاء وفتح الفاء وهي بساط صغير ثخين له وبرة كبيرة ، وقيل : كساء في الشتاء ونطع في الصيف ، قال الشيخان : ويشبه كونهما بعد بسط زلية أو حصير ومرجع ذلك العادة نوعًا وكيفية حتى قال الروياني وغيره : لو كانوا لا يعتادون في الصيف لنومهم غطاء غير لباسهم لم يجب غيره ولا يجب ذلك في كل سنة وإنما يجدد وقت تجديده عادة ، وما ذكره الناظم كأصله من أن ذلك إمتاع وجه والأصح أنه تمليك كما في النفقة والأدم » .

وجاء في مغني المحتاج (١٥٨/٤ ، ١٥٩) : « (و) يجب لها عليه (آلة تنظيف) من الأوساخ التي تؤذيها ، وذلك (كمشط) وهو بضم الميم وكسرها مع إسكان الشين وضمها ، اسم للآلة المستعملة في ترجيل الشعر (ودهن) يستعمل في ترجيل شعرها وكذا في بدنها كما قاله الماوردي . أما دهن الأكل فتقدم في الأدم ، ويتبع فيه عرف بلدها ، حتى لو اعتدن المطيب بالورد أو البنفسج وجب ، قال الماوردي : ووقته كل أسبوع =

١١١٤ - فعلم مما تقدم إن جميع ما تحتاج إليه الزوجة واجب على الزوج سواء كان

= مرة ، والأولى الرجوع فيه إلى العرف كما قاله بعض المتأخرين .
تنبيه : سكت الشيخان عن وجوب الأشنان والصابون لغسل الثياب ، وصرح القفال والبغوي بوجوبه . قال في الكافي : ويجب في كل أسبوع أو عشرة أيام ، وفيه البحث المار . قال القفال : حتى لو كانت إذا أكلت احتاجت إلى الخلال فعلى الزوج ، وسكتوا عن دهن السراج والظاهر كما قاله بعض المتأخرين وجوبه ويتبع فيه العرف حتى لا يجب على أهل البوادي شيء (و) يجب لها عليه (ما تغسل به الرأس) من سدر أو خطمي على حسب العادة ، لاحتياجها إلى ذلك ، والرجوع في قدره إلى العادة (ومرتك) وهو بفتح الميم وكسرها معرب ، وتشديد كافه خطأ ، أصله من الرصاص يقطع رائحة الإبط ؛ لأنه يحبس العرق وإن طرح في الخل أبدل حموضته حلاوة ، قاله الدميري (ونحوه) أي المرتك (لدفع) أي لقطع رائحة (صنان) إذا لم يندفع بدونه ، وتراب لتأذيهما بالرائحة الكريهة ، و (لا) يجب لها عليه (كحل و) لا يجب لها عليه (خضاب) ولا عطر (و) لا (ما تزين به) بفتح أوله من آلات الحلي لزيادة التلذذ وكمال الاستعمال ، وذلك حق له فلا يجب عليه ، فإن هيأه لها وجب عليها استعماله ، وعليه حمل ما قيل : « أنه ﷺ لعن السلتاء والمرهاء » ، والأولى هي التي لا تختضب ، والثانية هي التي لا تكتحل (و) لا (دواء مرض و) لا (أجرة طبيب وحاجم) ونحو ذلك كفاصد وخاتن ؛ لأن ذلك لحفظ الأصل فلا يجب على مستحق المنفعة كعمارة الدار المستأجرة ، وخالف مؤنة التنظيف ؛ لأنه في معنى كنس الدار وغسلها » .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٨٥/٤ ، ١٨٦) : « وحصير وسرير احتيج له ، يعني أنه يفرض للزوجة حصير من حلفاء أو بردي يكون تحت فرشها ويفرض لها سرير يمنع عنها العقارب والبراغيث وما أشبه ذلك والبردي : ورق نابت يخرج في وسط الماء له عصعوص فيه بياض الغالب أنه في بلاد الأرز . وزينة تستضر بتركها ككحل ودهن معتادين وحناء يعني أنه يلزم الزوج لزوجته الزينة التي تستضر بتركها كالكحل لعينها والدهن لشعرها والحناء لرأسها وبدنها الجاري بذلك العادة وليس عليه طيب ولا زعفران ولا خضاب ليديها ؛ إذ لا يضر بها تركه أي ولو اعتيد كما يفيده كلام المواق ومشط الأولى قراءته بالفتح أي ما تمتشط به من دهن مثلًا ويكون من عطف العام على الخاص عكس ﴿ فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخۡلٌ وَرُمَّانٌ ﴾ لا بالضم وهو الآلة لئلا يشكل بأنه يلزم عليه أن يكون مشى على التفرقة في الآلة بين المشط والمكحلة والمشايخ لم يفرقوا بينهما ، انظر ابن غازي » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (١٥٩/٨ ، ١٦٠) : « ويجب للمرأة ما تحتاج إليه ، من المشط ، والدهن لرأسها ، والسدر ، أو نحوه مما تغسل به رأسها ، وما يعود بنظافتها ؛ لأن ذلك يراد للتنظيف ، فكان عليه ، كما أن على المستأجر كنس الدار وتنظيفها . فأما الخضاب ، فإنه إن لم يطلبه الزوج منها ، لم يلزمه ؛ لأنه يراد للزينة ، وإن طلبه منها ، فهو عليه . وأما الطيب ، فما يراد منه لقطع السهولة كدواء العرق لزمه ؛ لأنه يراد للتطييب ، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه ؛ لأن الاستمتاع حق له ، فلا يجب عليه ما يدعوه إليه . ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب ؛ لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها ، وكذلك أجرة الحجام والفاصد . وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة ، كل على حسب عادته ؛ فإن كانت ممن عادته النوم في الأكسية والبساط فعليه لها لنومها ما جرت عادتهم به ، ولجلوسها بالنهار البساط والزلي والحصير الرفيع أو الخشن الموسر على حسب يساره ، والمعسر على قدر إعساره على حسب العوائد » .

طعامًا أو كسوة أو سكنى فكل ما تحتاجه المرأة من لباس بدنها وفرش بيتها مما تنام عليه وما تغطي به لازم على الزوج فإما أن يأتي به وإما أن يفرض عليه القاضي أصنافًا أو دراهم كل ستة أشهر ويعجلها لها إذ الزوج هو الذي يتولى شراء الأمتعة لها إلا إذا ظهر مطله أو خيانته في الشراء لها فحينئذ هي التي تلي ذلك بنفسها أو بوكيلها . ويعلم من ذلك إنها لو كان لها أمتعة من فرش ونحوه لا يسقط عن الزوج ذلك بل يجب لها عليه ما ذكر ولا يلزمها أن تلبس ثيابها ولا أن تنام على فراشها ومن باب أولى لا يلزمها أن تفرش متاعها لينام هو أو يجلس عليه ، فإن رضيت بذلك كما هو جار الآن بين الأزواج كان حسنًا ؛ لأن فيه تعاونًا وتعاضدًا فتحصل الألفة والمحبة فيأتي الزواج بمقاصده المشروع هو لها [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : في غياب الزوج تحلف اليمين وتقام البينة: المادة ٧٦ : إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة وسافر إلى محل قريب أو بعيد أو فقد يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب بناء على البينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما بعد أن يحلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وعلى أنها ليست ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٥) : إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر اليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلًا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضي الأجل . فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودًا وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضى . وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٥٤) للزوجة طلب التفريق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته لمدة سنة فأكثر ، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه ويضرب له القاضي أجلًا لا يتجاوز شهرين ينذره فيه إما بالعودة للإقامة معها أو نقلها إليه أو طلاقها ، وإلا فرق بينهما بعد ثبوت الدعوى وأداء اليمين لحق الغائب .

الفصل الخامس
في نفقة زوجة الغائب

(مادة ١٨٩)

تُفْرَضُ النَّفَقَةُ لِزَوْجَةِ الْغَائِبِ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فِي مَنْزِلِهِ مِنْ جِنْسِ النَّفَقَةِ ، كَالْغِلاَلِ وَنَحْوِهَا مِنْ أَصْنَافِ الْمَأْكُولاَتِ ، وَالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ الْمَضْرُوبَيْنِ وَغَيْرِ الْمَضْرُوبَيْنِ ، أَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ مِنْ ذَلِكَ مُودَعٌ عِنْدَ أَحَدٍ أَوْ دَيْنٌ عَلَيْهِ ، وَأَقَرَّ الْمُودَعُ أَوِ الْمَدْيُونُ بِالْمَالِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ أَوْ لَمْ يُقِرَّ ، أَوْ كَانَ الْحَاكِمُ يَعْلَمُ بِهِمَا، أَوْ أَقَامَتْ الْمَرْأَةُ بَيِّنَةً عَلَى الْوَدِيعَةِ أَوِ الدَّيْنِ وَعَلَى النِّكَاحِ . وَإِنْ كَانَ لاَ يُقْضَى لَهَا بِهِ عَلَى الْغَائِبِ . وَيَبْدَأُ الْحَاكِمُ فِي فَرْضِ النَّفَقَةِ بِمَالِ الْوَدِيعَةِ ثُمَّ بِالدَّيْنِ فَلَوْ كَانَ لِلْغَائِبِ مَالٌ حَاضِرٌ فِي بَيْتِهِ مِنْ جِنْسِهَا فَرَضَهَا فِيهِ . وَيَأْخُذُ الْحَاكِمُ عَلَيْهَا كَفِيلًا بِالْمَالِ الَّذِي تَقْبِضُهُ ، وَيُحَلِّفُهَا أَنَّ زَوْجَهَا الْغَائِبَ لَمْ يَتْرُكْ لَهَا نَفَقَةً ، وَأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ نَاشِزَةً وَلاَ مُطَلَّقَةً مَضَتْ عِدَّتُهَا (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (١٩٦/٥ - ١٩٨) : « وإن كان الرجل غائبًا وله مال حاضر فطلبت المرأة النفقة ، فإن كان القاضي يعلم بالنكاح بينهما فرض لها النفقة في ذلك المال لعلمه بوجود السبب الموجب له . ألا ترى أن من أقر بدين ، ثم غاب قضى القاضي عليه بذلك لعلمه به ، فكذلك النفقة ولكن يشترط أن ينظر للغائب ، وذلك في أن يحلفها أنه لم يعطها النفقة لجواز أن يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب وهي تلبس على القاضي لتأخذ ثانيا ، وإذا حلفت فأعطاها النفقة أخذ منها كفيلًا لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة أنه قد كان أوفى نفقتها ، وهذا لأن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه . وإن أحضرت غريمًا للزوج أو مودعًا في يده مال للزوج وهو مقر بالمال والزوجية أمره القاضي بأداء نفقتها من ذلك بخلاف دين آخر على الغائب فإن صاحب الدين إذا أحضر غريمًا ، أو مودعًا للغائب لم يأمره بقضاء دينه منه ، وإن كان مقرًا بالمال وبدينه ؛ لأن القاضي إنما يأمر في حق الغائب بما يكون نظرًا له وحفظًا لملكه عليه ، وفي الإنفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه عليه ، وليس في قضاء الدين من ماله حفظ ملكه عليه ، بل فيه قضاء عليه بقول الغير ؛ فلهذا المعنى تقع الفرقة بينهما (قال :) وإن جحد المديون ، أو المودع الزوجية بينهما ، أو كون المال في يده لم تقبل بينتها على شيء من ذلك ، أما على الدين الوديعة ؛ فلأنها تثبت الملك للغائب حتى إذا ثبت ملكه ترتب عليه حقها فيه وهي ليست بخصم في إثبات الملك للزوج في أمواله ، وأما إذا جحدا الزوجية فقد كان أبو حنيفة ﷺ تعالى يقول : أولا تقبل بينتها على الزوجية ؛ لأنها تدعي حقًّا فيما في يده من المال بسبب ، فكان خصمًا في إثبات ذلك السبب كمن ادعى عينًا في يد إنسان أنه له ، اشتراه من فلان الغائب ، ثم رجع ، وقال : لا تقبل بينتها على ذلك ، وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - لأنها تثبت النكاح على الغائب ، والمودع والمديون ليس بخصم عن الغائب في إثبات النكاح عليه بالبينة . =

= والاشتغال من القاضي بالنظر يكون بعد العلم بالزوجية ، فإذا لم يكن ذلك معلومًا له لا يشتغل بسماع البينة من غير خصم ، وإن لم يكن له مال حاضر لم يفرض لها النفقة بطريق الاستدانة عندنا خلافًا لزفر رحمه الله ؛ لأن في هذا قضاء على الغائب وقد بيناه ، وإن كان له مال حاضر فحضور ماله بمنزلة حضوره استحسانًا . وينفق عليها من غلة الدار والعبد ؛ لأن ذلك من جنس حقها ويعطيها الكسوة من الثياب إن كانت له والنفقة من طعامه إن كان له ؛ لأنه من جنس حقها ولها أن تأخذ من غير قضاء كما قال ﷺ لهند : « **خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف** » فلأن يقضي لها القاضي بذلك كان أولى ، ويأخذ منها كفيلًا بجميع ذلك نظرًا منه للغائب فإذا رجع الزوج وأقام البينة على وصول النفقة إليها لهذا الوقت فالكفيل ضامن لما أخذت ؛ لأنه التزم بالكفالة ، وإن لم يكن له بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شيء على الكفيل ، وإن نكلت عن اليمين ونكل الكفيل لزمها وللزوج الخيار بين أن يأخذها بذلك ، أو يأخذ الكفيل ؛ لأنه كفيل بما لزمها رده من النفقة وقد ثبت ذلك بنكولها ولهذا لزم كفيلها ، والله ﷻ أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٨/٣٣٠) : « التمست زوجة غائب من القاضي أن يفرض لها فرضًا عليه اشترط ثبوت النكاح ، وإقامتها في مسكنه ، وحلفها على استحقاق النفقة ، وأنها لم تقبض منه نفقة مستقبلة فحينئذ يفرض لها عليه نفقة معسر حيث لم يثبت أنه غيره ، ويظهر أن محل ذلك إن كان له مال حاضر بالبلد تريد الأخذ منه ، وإلا فلا فائدة للفرض إلا أن يقال : له فائدة هي منع المخالف من الحكم بسقوطها بمضي الزمان ، وأيضًا فيحتمل ظهور مال له بعد فتأخذ منه من غير احتياج لرفع إليه » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥/٥٧٧ ، ٥٧٨) : « لا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال حاضر يعدي فيه ولا يؤخذ منها بما تأخذ كفيلًا والزوج على حجته إذا قدم . ابن عرفة : ظاهره إن لم يكن له ذلك لم يفرض . وقال المتيطي : إن علم أنه مليء في غيبته ، فالمشهور لابن القاسم أنه لا يفرض لها . انظر قبل هذا عند قوله « وإن كان غائبًا » (ووديعته ودينه) المتيطي : من غاب عن زوجه ولم يترك لها نفقة وله مال حاضر فرض لها القاضي نفقتها فيه بعد يمينها أنه ما ترك لها نفقة ولا أرسل بها إليها ولا أسقطتها عنه ، وتباع في ذلك عروضه وأملاكه بعد تأجيله في الأملاك كما لو قيم عليه بحق . قال في المدونة : إن كان للزوج ودائع وديون فرض لها في ذلك . (وأقام البينة على المنكر) من المدونة : ولها إقامة البينة على من جحد من غرمائه أن عليهم دينًا للزوج وكذا لمن قام عليه بدين . عياض : قول المدونة لها أن تقيم البينة دليل أنه إذا أقر لا تقيم بينة ويحكم على الغائب فيما أقر له به ويفرض لها فيه ، وهذا أصل مختلف فيه أي فيمن أقرّ بوديعة لغائب .

المتيطي : قول المدونة هو المشهور المعمول به (بعد حلفها باستحقاقها) تقدم نص المتيطي بعد يمينها ما ترك لها نفقة ولا أسقطتها (ولا يؤخذ منها كفيل وهو على حجته إذا قدم) انظر عند قوله : « وفرض في مال الغائب » . وقال ابن عبد الرحمن : إذا طلق على الغائب بعدم النفقة ثم قدم فأثبت أنه ترك نفقة ردت إليه زوجته وإن تزوجت . وقال ابن أبي زيد : ترد إليه ، ولا يكون له حجة إذا تزوجت ودخل بها إلا أن الطلاق لا يلزمه منه شيء متى تزوجها ، وكذا قال أصحابنا إذا بيعت دار الغائب في دينه ثم قدم فهو على حجته ، فإن أتى بحجة سقط الدين ورجع بالدين على آخذه ولا ينقض بيع الدار كمن شبه على الشهود أنه مات فبيع =

١١١٥ - اعلم أنه إذا غاب شخص وطلب شخص آخر من القاضي ممن تجب نفقته على الغائب أن يفرض له النفقة على الغائب فلا يجيبه القاضي إلى طلبه إلا إذا كان ذلك الطالب من أصول الغائب أو فروعه أو زوجة له فلو كان أخًا أو عمًّا أو خالًا مثلًا فلا يفرض القاضي له النفقة ؛ لأن هذا قضاء على الغائب والقضاء عليه لا يجوز ، ونفقة الأصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء ؛ بدليل أن لهم أن يأخذوها قبل القضاء بدون رضاه فيكون القضاء في حقهم إعانة وفتوى من القاضي بخلاف غيرهم من الأقارب فإن نفقتهم غير واجبة قبل القضاء بدليل أنه ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيئًا قبل القضاء إذا ظفروا به فكان القضاء في حقهم ابتداء إيجاب فلا يجوز ذلك على الغائب .

١١١٦ - وكلامنا الآن إنما هو في نفقة الزوجة فنتكلم عليها ونترك نفقة الأصول والفروع حتى يأتي محلها إن شاء الله تعالى .

١١١٧ - فإذا غاب الزوج ، وطلبت الزوجة من القاضي أن يفرض لها النفقة أجابها إلى هذا الطلب . ثم إن الغائب إما أن يكون له مال أو لا ؛ فإن كان له مال فإما أن يكون من جنس النفقة أو لا ؛ وكل له حكم يخصه وإليك البيان : فإن كان له مال وهو من جنس حقها في النفقة كالغلال والسمن ونحوهما من أصناف المأكولات والذهب والفضة سواء كانا مضروبين أو غير مضروبين أو كان ثيابًا من جنس حقها في الكسوة فرض لها فيه النفقة سواء كان هذا المال موجودًا في منزل الزوج أو غير موجود فيه بأن

= ماله أنه يأخذه إن كان قائمًا بالثمن ، وما فات بكعتق مضى (ويبعت داره بعد ثبوت ملكه وإنها لم تخرج عنه في علمهم ثم بينة بالحيازة قائلة هذا الذي حزناه هي التي شهدنا بملكها للغائب) الذي للمتيطي يعرف شهوده فلانًا الغائب ويعلمون له مالًا من ماله وملكًا من أملاكه جميع الدار بكذا لم تخرج عن يده في علمها فكلفها القاضي حيازة الدار المحدودة ووجه لحضور ذلك معها فلانًا وفلانًا فأتيا ، وشهد عنده أن الشهود بالملك حازوها عليهما وتطوفوا من داخلها وخارجها معهما ، وقالوا لهما : هذه الدار التي شهدنا بملكها للغائب ثم قال : وإن أردت أن تسقط الحيازة ، قلت : واستغنى عن حيازتها لمعرفة الشهود بها وإذ من مذهبه إسقاط الحيازة آخذًا بذلك يقول من ذهب إليه من أهل العلم » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٤/٨) : « وإن تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل ، فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه ، وإن لم يكن له وكيل ، ولم تقدر المرأة على الأخذ ، أخذ لها الحاكم من ماله ، ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك ، إذا لم تجد ما تنفق سواه . وينفق على المرأة يومًا بيوم . وبهذا قال الشافعي ، ويحيى بن آدم . وقال أصحاب الرأي : يفرض لها في كل شهر . ولنا : أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها ، فلم يجز ، كما لو عجل لها نفقة زيادة على شهر » .

كان مودعًا عند غيره كما لو أعطى لغيره شيئًا مما ذكر ليحفظه له ؛ فإنه يكون مملوكًا للغائب وهو مودع عند من أعطاه له أو مضاربة كما إذا أعطى لغيره مائة جنيه مثلًا ليتجر فيها ويكون الربح بينهما نصفين أو دينًا كما إذا باع شخص حصانًا مثلًا بخمسين جنيهًا ولم يستلم منه الثمن ؛ فإنه يكون دينًا عليه ولكن إذا كان المال الذي للغائب موجودًا في منزل الزوج فرض لها النفقة فيه وأمرها بالأخذ منه على حسب الفرض الذي قدره إن علم بالنكاح بينهما ؛ لأنه إيفاء لحق الزوجة وليس بقضاء على الزوج بالنفقة حتى يقال إن القاضي لا يقضي بعلمه .

١١١٨ - وأما إذا ادعت أنه ترك مالًا مودعًا عند شخص ؛ فإن القاضي يحضر ذلك الشخص ويسأله عن دعواها ؛ فإما أن يقر بالزوجية والوديعة أو ينكرهما أو يقرَّ بالزوجية وينكر الوديعة أو يقر بالوديعة وينكر الزوجية فإن أقر بالوديعة والزوجية فرض لها القاضي النفقة في ذلك المال وأمر المودع بإعطائها النفقة منه لأنه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر بأن للزوجة حق الأخذ ؛ لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة أبي سفيان وإقرار صاحب الدين مقبول في حق نفسه ومتى ثبت عليه الحق بإقراره على نفسه تعدي إلى الغائب لكون ما أقر به ملكه فيؤمر بإعطائها النفقة من ذلك المال .

١١١٩ - ولكن كيف يكون هذا الحكم مسلمًا مع أنهم نصوا على أنه إذا أحضر صاحب الدين غريمًا للغائب أو مودعًا له وهما معترفان بثبوت الدين على الغائب ؛ فإن القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الوديعة والدين ، فما الفرق بين هذه المسألة ومسألة النفقة التي نحن بصددها ؟ قالوا : الفرق أن أمر القاضي في حق الغائب إنما هو للنظر وفي الأمر بالإنفاق على الزوجة إبقاء ملكه وليس في قضاء الدين نظر ؛ لأن فيه قضاء على الغائب بقول الغير بإزالة ملكه ولذا قالوا : يقضي بالنفقة لا بالدين .

١١٢٠ - وإن أنكر الزوجية والوديعة أو أقر بواحد منهما وأنكر الآخر فإما أن يكون القاضي عالمًا بما أنكره أو غير عالم فإن كان عالمًا فرض لها النفقة أيضًا في هذا المال وأمره بإعطائها النفقة منه ؛ لأنه إذا جاز للقاضي أن يأمر المودع بالإنفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلأن يجوز بعمله الذي لا يحتمله أولى ولكن كيف هذا مع قولهم القاضي لا يقضي بعلمه ، والجواب أن هذا من باب الإعانة والفتوى لا من باب القضاء .

١١٢١ - وإن كان القاضي غير عالم بما أنكره المودَع وأرادت المرأة أن تثبت ما أنكره بالبينة ، قال الإمام : وصاحباه لا يلتفت لهذا الطلب ، وقال زفر : يجيبها إلى طلبها

ويسمع البينة ، ومتى ثبت ما ادعته فرض لها النفقة فإذا لم يثبت فلا يفرض لها شيئًا وجه قولهم أن المنكر إن كان هو المال فلأن المرأة بهذه البينة تثبت الملك للغائب وهي ليست بخصم في إثبات الملك للغائب وإن كان هو الزوجية فلأنها بهذه البينة تثبت النكاح على الغائب والمودع ليس بخصم في إثبات النكاح على الغائب ولا يمين للمرأة عليه ؛ لأنه لا يستحلف إلا من كان خصمًا وحينئذ تكون هذه المسألة مستثناة من قولهم : كل من أقر بشيء لزمه ،فإذا أنكره يحلف عليه فإن المودع إذا أقر بالمال وبالزوجية لزمه إعطاؤه للزوجة لتنفقه على نفسها مع أنه إذا أنكره فلا يحلف .

١١٢٢ - ووجه قول زفر أن فيه نظرًا للمرأة ولا ضرر فيه على الغائب ؛ لأنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وإن جحد يحلف فإن امتنع عن اليمين فقد صدق وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا أي أنه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس ولا يقضي بالنكاح لأن القضاء به قضاء على الغائب وهو لا يجوز بخلاف القضاء بالنفقة فإنه من باب الإعانة على أخذ النفقة ، وكل ما قيل في الوديعة يقال بالنسبة للدين ومال المضاربة .

١١٢٣ - فإن لم يترك الغائب إلا مالًا في بيته أو وديعة فقط أو دينًا فرض القاضي النفقة فيه ؛ لأنه ليس هناك غيره وأما إن ترك الكل ، فإن القاضي يفرض النفقة أولًا في المال الموجود في بيته ثم في مال الوديعة ، ثم في الدين وسبب هذا الترتيب أن القاضي نصب للنظر في مصالح من هو عاجز عن النظر في شؤون نفسه ولا شك أن المصلحة للغائب فيما ذكر ؛ لأن مال الوديعة محفوظ عند المودع الذي أمنه عليه قبل غيابه فلم يكن معرضًا للخطر بخلاف المال الذي في بيته ومال الوديعة يحتمل أن يهلك عند المودع وهلاكه يكون على الغائب بخلاف الدين فإنه ليس شيئًا معينًا حتى يهلك عند المدين فيكون محفوظًا أكثر من الوديعة فيكون النظر للغائب في هذا الترتيب فيتبعه القاضي .

١١٢٤ - وبما أن القاضي نصب ناظرًا للمصلحة فعندما يفرض النفقة في مال الغائب لا يسلمه للزوجة إلا إذا أخذ منها كفيلا أي ضامنًا للمال الذي تأخذه لأن في أخذ الكفيل مصلحة للغائب ؛ فإنه إذا تبين بعد ذلك أن المرأة لا تستحق الذي أخذته على سبيل النفقة يكون للغائب الحق في أن يأخذه من المرأة أو من الكفيل ولا شك أن هذا أضمن لأمواله لاحتمال أن لا يكون عند المرأة شيء يستوفى منه ما أخذته ، فيأخذ من الكفيل ولا يكتفي بهذا بل يحلف المرأة على ثلاثة أشياء :

١١٢٥ - **الأول** : أن زوجها الغائب لم يترك لها النفقة قبل سفره .

١١٢٦ - **الثاني** : أنها لم تكن ناشزة أي خارجة عن طاعته بغير حق .

١١٢٧ - **الثالث** : أن زوجها الغائب لم يطلقها قبل سفره وانقضت عدتها إذ فيه نظر للغائب أيضا ؛ لأنه من الجائز أن يكون شيء من ذلك حاصلًا ، والكفيل لا يعلم به فتمتنع المرأة عن اليمين فلا يقضي لها بأخذ شيء من ماله .

١١٢٨ - والمراد من الغيبة التي يفرض القاضي النفقة للزوجة بسببها أن لا يسهل إحضار الزوج ومراجعته ولو كان مختفيًا في البلد الذي فيه الزوجة فلا يشترط أن تكون الغيبة مدة سفر شرعي ولا أن يكون الغائب مفقودًا أي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته حتى لو ذهب إلى القرية وتركها في البلد ولا يسهل إحضاره ومراجعته ، فللقاضي أن يفرض لها النفقة وهناك أقوال في هذا الموضوع ، ولكن المعول عليه ما تقدم لك .

(مادة ١٩٠)

إِذَا لَمْ يُخلِفِ الْغَائِبُ مَالًا ، وَأَقَامَتْ الْمَرْأَةُ بَيِّنَةً عَلَى النِّكَاحِ يَقْضِي لَهَا الْحَاكِمُ بِالنَّفَقَةِ دُونَهُ ، وَيَأْمُرُهَا بِالاسْتِدَانَةِ عَلَى زَوْجِهَا ، وَيَكْفُلُهَا وَيُحَلِّفُهَا كَمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ طَلَبَتْ فَسْخَ النِّكَاحِ فَلاَ يَفْسَخُهُ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في رد المحتار (٥٩٠/٣ ، ٥٩١) : « مطلب في فسخ النكاح بالعجز عن النفقة وبالغيبة (قوله ولا يفرق بينهما بعجزه عنها) أي غائبًا كان أو حاضرًا (قوله بأنواعها) وهي مأكول وملبوس ومسكن ح (قوله حقها) أي من النفقة وهو منصوب مفعول المصدر وهو إيفاء (قوله ولو موسرًا) المناسب ولو معسرًا ؛ لأنه إشارة إلى خلاف الشافعي رحمه الله والأصح عنده عدم الفسخ بمنع الموسر حقها كمذهبنا (قوله بإعسار الزوج) مقابل قوله : ولا يفرق بينهما بعجزه ط (قوله وبتضررها بغيبته) أي تضرر المرأة بعدم وصول النفقة بسبب غيبته .

وفي بعض النسخ : وبتعذرها بغيبته: أي تعذر النفقة وهي أظهر ، وهذا مقابل قوله ولا بعدم إيفائه حقها . والحاصل أن عند الشافعي إذا أعسر الزوج بالنفقة فلها الفسخ ، وكذا إذا غاب وتعذر تحصيلها منه على ما اختاره كثيرون منهم ، لكن الأصح المعتمد عندهم أن لا فسخ ما دام موسرًا وإن انقطع خبره وتعذر استيفاء النفقة من ماله كما صرح به في الأم . قال في التحفة بعد نقله ذلك : فجزم شيخنا في شرح منهجه بالفسخ في منقطع خبر لا مال له حاضر مخالف للمنقول كما علمت . ولا فسخ بغيبة من جهل حاله يسارًا وإعسارًا بل لو شهدت بينة أنه غاب معسرًا فلا فسخ ما لم تشهد بإعساره الآن وإن علم استنادها للاستصحاب أو ذكرته تقوية لا شكًا كما يأتي . ا هـ (قوله نعم لو أمر شافعيًا) أي بشرط أن يكون مأذونًا له بالاستنابة =

١١٢٩ - وإن لم يترك الغائب مالًا مطلقًا ورفعت المرأة أمرها للقاضي وأرادت أن تقيم بينة على الزواج ليقضي لها بالنفقة عليه ، فقال أبو حنيفة وصاحباه : لا يلتفت إلى قولها ولا يجيبها إلى طلبها ؛ لأن فيه قضاء على الغائب وهو لا يجوز .

= خانية . قال في غرر الأذكار : ثم اعلم أن مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائبًا ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضرًا وأبى عن الطلاق ؛ لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة ، إذ الظاهر أنها لا تجد من يقرضها وغنى الزوج مآلًا أمر متوهم ، فالتفريق ضروري إذا طلبته ، وإن كان غائبًا لا يفرق ؛ لأن عجزه غير معلوم حال غيبته ، وإن قضى بالتفريق لا ينفذ قضاؤه ؛ لأنه ليس في مجتهد فيه ؛ لأن العجز لم يثبت . ا هـ .

ونقل في البحر اختلاف المشايخ وأن الصحيح كما في الذخيرة عدم النفاذ ؛ لظهور مجازفة الشهود كما في العمادية والفتح . وذكر في قضاء الأشباه في المسائل التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي أن منها التفريق للعجز عن الإنفاق غائبًا على الصحيح لا حاضرًا . ا هـ والحاصل أن التفريق بالعجز عن النفقة جائز عند الشافعي حال حضرة الزوج وكذا حال غيبته مطلقًا أو ما لم تشهد بينة بإعساره الآن كما علمت مما نقلناه عن التحفة ، والحالة الأولى جعلها مشايخنا حكمًا مجتهدًا فيه فينفذ فيه القضاء دون الثانية ، وبه تعلم ما في كلام الشارح حيث جزم بالنفاذ فيهما فإنه مبني على خلاف الصحيح المار عن الذخيرة . وذكر في الفتح أنه يمكن الفسخ بغير طريق إثبات عجزه بل بمعنى فقده ، وهو أن تتعذر النفقة عليها .

ورده في البحر بأنه ليس مذهب الشافعي . قلت : ويؤيده ما قدمناه عن التحفة حيث رد على شرح المنهج بأنه خلاف المنقول ، فعلى هذا ما يقع في زماننا من فسخ القاضي الشافعي بالغيبة لا يصح ، وليس للحنفي تنفيذه سواء بنى على إثبات الفقر أو على عجز المرأة عن تحصيل النفقة منه بسبب غيبته ، فليتنبه لذلك ، نعم يصح الثاني عند أحمد كما ذكر في كتب مذهبه ، وعليه يحمل ما في فتاوى قارئ الهداية حيث سأل عمن غاب زوجها ولم يترك لها نفقة . فأجاب : إذا أقامت بينة على ذلك وطلبت فسخ النكاح من قاضٍ يراه ففسخ نفذ وهو قضاء على الغائب ، وفي نفاذ القضاء على الغائب روايتان عندنا ، فعلى القول بنفاذه يسوغ للحنفي أن يزوجها من الغير بعد العدة ، وإذا حضر الزوج الأول وبرهن على خلاف ما ادعت من تركها بلا نفقة لا تقبل بينته ؛ لأن البينة الأولى ترجحت بالقضاء فلا تبطل بالثانية . ا هـ . وأجاب عن نظيره في موضع آخر بأنه إذا فسخ النكاح حاكم يرى ذلك ، ونفذ فسخه قاضٍ آخر ، وتزوجت غيره صح الفسخ والتنفيذ والتزوج بالغير ، ولا يرتفع بحضور الزوج وادعائه أنه ترك عندها نفقة في مدة غيبته ... إلخ ، فقوله من قاضٍ يراه لا يصح أن يراد به الشافعي فضلًا عن الحنفي ، بل يراد به الحنبلي فافهم (قوله إذا لم يرتش الآمر والمأمور) أما الأول فلأن نصب القاضي بالرشوة لا يصح ، وأما الثاني فلأن حكمه بها لا يصح ، ولو صح نصبه ، وعليه فالمناسب العطف بأو » .

قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٠٢) : « من جملة أمر الغائب فسخ نكاحه لعدم النفقة أو لتضرر الزوجة بخلو الفراش فلا يفسخ نكاحه إلا القاضي ما لم يتعذر الوصول إليه حقيقة أو حكمًا بأن كان يأخذ دراهم على الفسخ وإلا قام مقامه جماعة المسلمين كما ذكر ذلك شيخنا العدوي » .

١١٣٠ - وقال زفر وأبو يوسف في رواية عنه يجيبها إلى طلبها فيسمع بينتها ويقضي لها بالنفقة دون الزواج ولكن حيث أن الغائب لم يترك مالا أصلًا يأمرها القاضي بالاستدانة أي تأخذ ما تنفقه على نفسها من غيره ويكون دينًا على الغائب يؤخذ منه متى حضر إن لم يدع ما يسقط عنه ذلك ؛ لأن فيه نظرًا للمرأة ولا ضرر فيه على الغائب ، لأنه لو حضر وصدقها في دعوى الزوجية فقد أخذت حقها ، فإن جحد حلف ، فإن امتنع فقد صدق وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها ، وإن عجزت عن إقامة البينة يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا لحاجة الناس ولكن لابد من أخذ كفيل منها بما تأخذه وتحليفها على الأشياء الثلاثة المتقدمة في المادة التي قبل هذه ؛ لأن في ذلك نظرًا إلى الغائب ، ولهذا لو طلبت فسخ النكاح فلا يجيبها القاضي إلى هذا الطلب اتفاقًا ؛ لأن فيه إضرارًا بالغائب وهو إسقاط حقه في الزوجية .

(مادة ١٩١)

إِذَا حَضَرَ الزَّوْجُ الْغَائِبُ ، وَادَّعَى أَنَّهُ عَجَّلَ لَهَا النَّفَقَةَ قَبْلَ سَفَرِهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ ، أَوْ لَمْ يُقِمْ وَاسْتَحْلَفَهَا فَنَكَلَتْ ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ اسْتَرَدَّ النَّفَقَةَ مِنَ الْمَرْأَةِ ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ بِهَا عَلَى الْكَفِيلِ . وَإِنْ أَقَرَّتِ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ عَجَّلَ لَهَا النَّفَقَةَ ، يَرْجِعُ بِهَا عَلَيْهَا لاَ عَلَيْهِ [1] .

* * *

١١٣١ - فإن حضر الزوج الغائب من السفر ؛ فإما أن يصادق المرأة على ما ادعته أو ينكر ، فإن وافقها فلا يكون له حق في أخذ شيء لا من المرأة ولا من الكفيل ؛ لأنه لما وافقها على دعواها ثبت أنها أخذت شيئًا مستحقًّا لها ، وكل من المودع والمدين أعطى الوديعة أو الدين إلى مستحقه فلا يأخذ منهما شيئًا .

١١٣٢ - وإن أنكر فإما أن ينكر عدم تعجيل النفقة قبل سفره ويدعي أنه عجل لها النفقة قبل السفر أو ينكر أنها زوجة له أو ينكر عدم الطلاق وانقضاء العدة ويدعي أنه طلقها قبل السفر وانقضت عدتها وكل له حكم يخصه .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٥٠) : « إذا رجع الزوج ينظران ، فإن لم يعجل لها النفقة ، فقد مضى الأمر ، وإن كان قد عجل وأقام البينة على ذلك ، أو لم تقم له بينة واستحلفها فنكلت فهو بالخيار إن شاء أخذ من المرأة ، وإن شاء أخذ من الكفيل ، ولو أقرت المرأة أنها كانت قد عجلت النفقة من الزوج فإن الزوج يأخذ منها ، ولا يأخذ من الكفيل كذا في البدائع » .

١١٣٣ - فإن كان الأول ، وهو ما إذا ادعى أنه عجل لها النفقة قبل سفره وأنها لا تستحق المال الذي أخذته حال غيابه فإما أن تنكر المرأة ذلك أو تصدق فإن أنكرت فإما أن يمكنه إثبات ذلك بالبينة أو لا ، فإن أقام بينة ثبتت دعواه وحينئذ يكون له الحق في أخذ المال الذي أخذته حال غيابه ؛ لأنه تبين أنها لا تستحقه ؛ لأنه ثبت أنه أعطاها النفقة الكافية مدة غيابه وفي هذه الحالة أي حالة إثبات ذلك بالبينة يكون له الحق في أخذ المال الذي أخذته حال غيابه من المرأة أو من الكفيل ؛ لأن البينة حجة متعدية فكما أنها تثبت حقًّا له على المرأة تثبت حقًّا له أيضًا على الكفيل فيخير في ذلك فإن أخذه من الزوجة فلا ترجع به على أحد وإن أخذه من الكفيل يأخذ الكفيل مثله من المرأة إن كانت أمرته بالضمان .

١١٣٤ - وإن عجز من إقامة البينة فله أن يطلب من المرأة اليمين على أنه ما أعطاها نفقتها قبل سفره فعند توجه اليمين عليها إما أن تمتنع عن اليمين أو تحلف فإن امتنعت عن اليمين ثبت ما ادعاه وحينئذ يخير بين أخذه من الكفيل أو من المرأة كما هو صريح المادة ولكن هذا غير ظاهر ؛ لأنهم نصوا على أن الإنكار بذل أو إقرار وهي لو أقرت بأنه عجل لها النفقة قبل سفره فلا يرجع الزوج إلا عليها وليس له مطالبة الكفيل ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى غيره اللَّهم إلا أن يكون في المسألة قولان .

١١٣٥ - وإن صدقته في أنه عجل لها النفقة قبل سفره كان له الحق في أن يأخذ منها المال الذي أخذته مدة غيابه ؛ لأنه ثبت بإقرارها أنها لا تستحقه إذ كان عجله لها قبل سفره فترد ما أخذت ؛ لأن الحق لا يستوفى مرتين وليس له أن يطالب الكفيل في هذه الحالة بما أخذته ؛ لأن الأخذ ما ثبت إلا بإقرارها وهو حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى إلى الكفيل .

(مادة ١٩٢)

إِذَا رَجَعَ الْغَائِبُ ، وَأَنْكَرَ النِّكَاحَ ، وَلاَ بَيِّنَةَ لِلْمَرْأَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ حَلِفِهِ . فَإِذَا حَلَفَ ، وَكَانَ الْمَالُ الَّذِي قَبَضَتْهُ وَدِيعَةً فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الْمَرْأَةِ أَوْ عَلَى الْمُودِعِ . وَإِنْ كَانَ دَيْنًا فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْغَرِيمِ ، وَهُوَ يَرْجِعُ عَلَى الْمَرْأَةِ (١) .

* * *

١١٣٦ - وإن كان الثاني وهو ما إذا أنكر الغائب الزواج أصلًا وادعى أنها ليست بزوجة له فحينئذ تكون المرأة مدعية عليه الزوجية وهو ينكرها فتكلف المرأة بإثبات دعواها فإن أقامت بينة على أنها زوجته ثبتت الزوجية وحينئذ لا يكون له حق في طلب المال الذي أخذته من أحد ؛ لأنه كان ينكر استحقاقها لما أخذت ؛ لأنها ليست زوجته ، وقد أثبتت الزوجية فتكون مستحقة له ، فتبين أنها أخذت حقها فلا يسترد ، وإن عجزت عن إقامة البينة فلها طلب يمينه فعندما تتوجه عليه اليمين فأما أن يمتنع ويحلف فإن امتنع ثبتت الزوجية أيضًا لأن امتناعه إقرار وحينئذ لا يكون له حق في استرداد ما أخذت لما تقدم وإن حلف أنها ليست زوجة له انتفت دعواها فيكون له الحق في أخذ المال الذي أخذته ؛ لأن أخذها له كان مبنيًا على دعواها الزوجية ولم تثبت فيسترده . ثم إن المال الذي أخذته إما أن يكون وديعةً أو دينًا ، فإن كان وديعة فهو مخير بين أخذه من المرأة أو من المودع فإن اختار تضمين المرأة فليس لها حق في الرجوع به على أحد وإن أخذه من المودَع كان له الحق في أخذه من المرأة .

١١٣٧ - وإن كان دينًا فليس له إلا أخذه من المدين وهو يرجع به على المرأة ، والفرق بينهما أن المرأة في الوديعة أخذت نفس ما يستحقه الغائب بتسليط من المودَع فيكون كل منهما متعديًا على عين ما يستحقه ، فيثبت له الخيار وفي الدين أخذت مثل ما يستحقه الغائب لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها ؛ فالمرأة لم تأخذ نفس ما يستحقه الغائب ؛ بل مثله فلا يرجع عليها بشيء ولكن أخذه من المدين يرجع المدين به على المرأة ؛ لأنه تبين أنها غير مستحقه لما أخذت فترده . ويظهر أن هذا مقيد بما إذا

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/ ٥٥٠) : « وإن رجع الغائب وأنكر النكاح ، فالقول قوله مع حلفه ، فإذا حلف ، فإن كان المال وديعة فله أن يأخذ من أيهما شاء ، إن شاء أخذ من المرأة ، وإن شاء أخذ من المودع ، وأما في الدين يأخذ من الغريم ، ثم يرجع الغريم على المرأة كذا في التتارخانية » .

ثبتت الزوجية وكل من الوديعة والدين بإقرار المودع أو المدين .

١١٣٨ - وأما إذا كان ثبوت ذلك بالبينة بعد إنكار كل منهما فلا يكون للغائب حق في الرجوع على كل من المودع والمدين لأنهما والحالة هذه مضطران إلى دفع المال إليها لأمر القاضي لهما بذلك فلا يكون للغائب حق في الرجوع على كل منهما بل له أخذه من المرأة فقط .

(مادة ١٩٣)

إِذَا رَجَعَ الزَّوْجُ الْغَائِبُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الطَّلاقِ وَانقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَعَدَم اسْتِحْقَاقِ الْمَرْأَةِ النَّفَقَةَ الَّتِي أَخَذَتْهَا فِي غِيَابِهِ ، ضَمِنَتْ هِيَ لا الدَّافِعُ مِنَ الْمُودَعِ أَوِ الْمَدْيُونِ ، إِلا إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةُ الزَّوْجِ أَنَّ الدَّافِعَ كَانَ يَعْلَمُ بِالطَّلاقِ ، فَحِينَئِذٍ يَكُونُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ [١] .

* * *

١١٣٩ - وإن كان الثالث وهو ما إذا ادعى الزوج الغائب أنها كانت زوجة له ولكن طلقها قبل سفره وانقضت عدتها وبناء عليه لا تستحق النفقة التي أخذتها في غيابه وأثبت ذلك بالبينة فله الحق في تضمين المرأة المال الذي أخذته حال غيابه ؛ لأنها أخذته على أنه نفقة وقد تبين أنها لا تستحقه فترده وليس له تضمين كل من المودع والمدين ؛ لأنهما معذوران في دفعهما المال إليها إذ الطلاق مما ينفرد به الزوج فيخفى عليهما حتى إذا وجد ما يدل على أنهما يعلمان بالطلاق وانقضت العدة بأن شهدت البينة التي أقامها الزوج على الطلاق وانقضاء العدة بأن كلا من المودع والمدين يعلم بذلك ثبت له حق الرجوع على كل منهما أيضا لتعدي كل منهما والحالة هذه على مال الغائب .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٥٠) : « وإذا رجع الزوج وأقام البينة على الطلاق وانقضاء العدة ضمن القابض ، ولا يضمن الدافع إلا إذا قالت بينة الزوج : إن الدافع كان يعلم بالطلاق وانقضاء العدة كذا في العتابية وإن قال الدافع : كنت أعلم بالزوجية ، ولا أعلم طلاقها لا يضمن ، ويحلف أنه لم يكن يعلم طلاقها كذا في غاية السروجي » .

(مادة ١٩٤)

إِذَا ادَّعَى الْمُودَعُ أَوِ الْمَدْيُونُ الَّذِي أَمَرَهُ الْقَاضِي بِالإِنْفَاقِ عَلَى زَوْجَةِ الْغَائِبِ أَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهَا الْمَالَ لِنَفَقَةٍ ، وَأَنْكَرَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُودَعِ بِلَا بَيِّنَةٍ ، وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُ الْمَدْيُونِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ .

* * *

١١٤٠ - فإذا فرض أن القاضي أمر كلًّا من المودع والمدين بالإنفاق على الزوجة من الوديعة والدين وامتثل كل منهما الأمر وبعد مدة عادت المرأة إلى القاضي وادعت أن كلًّا منهما لم يعطها شيئًا لتنفقه على نفسها ، فأحضرهما القاضي ، فادعى كل منهما إنه أعطاها المال الذي أمره بإعطائه لها ، وأنكرت المرأة ذلك صدق المودع بلا بينة ؛ لأنه أمين ، ولا يقبل قول المدين إلا إذا ثبت بالبينة أنه دفع إليها الدين ؛ لأنه يدعي براءة ذمته منه فلا يسقط عنه إلا ببينة .

(مادة ١٩٥)

إِذَا كَانَتِ الْوَدِيعَةُ أَوِ الْمَالُ الَّذِي فِي بَيْتِ الزَّوْجِ الْغَائِبِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ النَّفَقَةِ ، فَلَيْسَ لِلزَّوْجَةِ أَنْ تَبِيعَ مِنْهُ شَيْئًا فِي نَفَقَةِ نَفْسِهَا ، وَلاَ لِلْقَاضِي بَيْعُ شَيْءٍ مِنْهُ ، وَتُؤَجَّرُ عَقَارَاتُهُ وَيُصْرَفُ مِنْ أُجْرَتِهَا فِي نَفَقَةِ الْمَرْأَةِ (١) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (١٨٩/٥ ، ١٩٠) : « ولا يبيع القاضي عروضه في النفقة والدين في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى- يبيع ذلك كله ، وهو بناء على مسألة الحجر ، فإن عند أبي حنيفة رحمه الله القاضي لا يحجر على المديون بسبب الدين . وبيع المال عليه نوع حجر فلا يفعله القاضي . وعندهما القاضي يحجر عليه بسبب الدين فيبيع عليه ماله واستدلا في ذلك بما روي أن النبي ﷺ حجر على معاذ رضي الله عنه وباع عليه ماله وقسم ثمنه على غرمائه بالحصص . وقال عمر رضي الله عنه في خطبته أيها الناس إياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب ، وإن أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال له : سبق الحاج ، فادان معرضًا فأصبح وقد رين به ألا إني بائع عليه ماله ، وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ، فمن كان له عليه دين فليعد .

والمعنى فيه أن قضاء الدين مستحق عليه بدليل أنه يحبس لأجله ، فإذا امتنع من ذلك وهو مما تجرى النيابة فيه ناب القاضي منابه كالتفريق بين العنين وامرأته . وبالاتفاق يبادل أحد النقدين بالآخر بهذا الطريق ، فكذلك =

١١٤١ - وإن كان المال الذي تركه الغائب ليس من جنس النفقة سواء كان موجودًا في بيته أو كان وديعة ، فأما أن يخشى عليه التلف من المكث أو لا فإن كان الأول باعه القاضي وأنفق على الزوجة من ثمنه ؛ لأن النظر إلى الغائب في ذلك ، وإن كان الثاني فلا تفرض فيه النفقة ؛ لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق .

١١٤٢ - أما عند أبي حنيفة فهو ظاهر ؛ لأن عنده لا يباع على الحاضر فعلى الغائب

= يبيع العروض ، ولأبي حنيفة ما روي أن رجلًا من جهينة أعتق شقصًا من عبد بينه وبين آخر فحبسه رسول الله ﷺ حتى باع غنيمة له وأدى ضمان نصيب شريكه . ومعلوم أن النبي كان علم بيساره حين ألزمه ضمان العتق ، ثم اشتغل بحبسه ولم يبع عليه ماله فلو كان ذلك جائزًا لاشتغل به ؛ لأن فيه نظرًا من الجانبين والمعنى فيه أن المستحق عليه قضاء الدين ولقضاء الدين طرق سوى بيع المال فليس للقاضي عليه ولاية تعيين هذا الطريق لقضاء الدين . ألا ترى أنه لا تزوج المديونة لتقضي الدين من صداقها ولا يؤاجر المديون ليقضي الدين من أجرته ؛ لأنه تعين قضاء الدين عليه ، فكذلك لا يبيع ماله ؛ لأنه تعين طريق قضاء الدين عليه . ومبادلة أحد النقدين بالآخر لا يفعله في القياس أيضًا ولكن في الاستحسان الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد ، فإن المقصود منهما واحد فكان ذلك بمنزلة قضاء الدين من جنس الحق وذلك متعين عليه لصاحب الحق ؛ لأن له أن يأخذ جنس حقه فكذلك للقاضي أن يعينه عليه وأما حديث معاذ - رضي الله تعالى عنه - فإنما باع رسول الله ﷺ ماله برضاه وسؤاله ؛ لأنه لم يكن في ماله وفاء بديونه فسأل رسول الله ﷺ أن يباشر بيع ماله لينال بركة رسول الله ﷺ ماله فيصير فيه وفاء بدينه ، والمشهور من حديث عمر - رضي الله تعالى عنه - إني قاسم ماله بين غرمائه ، فإنما يحمل ذلك على أن ماله كان من النقود ، والدليل عليه أن عندهما ليس للقاضي أن يبيع المال إلا بطلب من الخصم ، ولم يكن منهم طلب فعرفنا أنه كان ذلك من جنس الحق ، أو كان فيه نوع مصلحة رآها لأسيفع جهينة » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥/٥٧٢ ، ٥٧٣) : « لا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال حاضر يعدى فيه ولا يؤخذ منها بما تأخذ كفيلًا والزوج على حجته إذا قدم . ابن عرفة : ظاهره إن لم يكن له ذلك لم يفرض . وقال المتيطي : إن علم أنه مليء في غيبته فالمشهور لابن القاسم : أنه لا يفرض لها . انظر قبل هذا عند قوله « وإن كان غائبًا » (ووديعته ودينه) المتيطي : من غاب عن زوجه ولم يترك لها نفقة ، وله مال حاضر فرض لها القاضي نفقتها فيه بعد يمينها أنه ما ترك لها نفقة ولا أرسل بها إليها ولا أسقطتها عنه ، وتباع في ذلك عروضه وأملاكه بعد تأجيله في الأملاك كما لو قيم عليه بحق . قال في المدونة : إن كان للزوج ودائع وديون فرض لها في ذلك » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/١٦٤) : « وإن تعذرت النفقة في حال غيبته ، وله وكيل ، فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه ، وإن لم يكن له وكيل ، ولم تقدر المرأة على الأخذ ، أخذ لها الحاكم من ماله ، ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك ، إذا لم تجد ما تنفق سواه . وينفق على المرأة يومًا بيوم . وبهذا قال الشافعي ، ويحيى بن آدم . وقال أصحاب الرأي : يفرض لها في كل شهر . ولنا أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها ، فلم يجز ، كما لو عجل لها نفقة زيادة على شهر » .

من باب أولى وأما عند الصاحبين ؛ فلأنه لا يعرف امتناعه عن الدفع فلا يباع عليه ، وإنما قالا ببيع مال الحاضر إذا امتنع عن الدفع ؛ لأنه عرف امتناعه وحينئذ تؤجر عقاراته ويصرف من أجرتها في نفقة المرأة .

(مادة ١٩٦)

فِي كُلِّ مَوْضِعٍ جَازَ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ لِلْمَرْأَةِ بِالنَّفَقَةِ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا الْغَائِبِ ، جَازَ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ مَا يَكْفِيهَا بِالْمَعْرُوفِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ .

١١٤٣ - وفي كل موضع جاز للقاضي أن يقضي للمرأة بالنفقة من مال زوجها الغائب جاز لها أن تأخذ منه ما يكفيها بالمعروف من غير قضاء ؛ لأنك عرفت مما تقدم أن قضاء القاضي من قبيل الإعانة والفتوى ، فحقها ثابت ، وإن لم يقض به فلها أخذه وأيضًا قد نصوا على أن كل شخص مستحق قبل غيره شيء وظفر بماله وكان من جنس حقه فله أخذه من غير قضاء ولا شك أن المرأة مستحقة النفقة على زوجها ، فمتى ظفرت بماله الذي من جنس حقها جاز لها أخذه .

الفصل السادس
في دين النفقة

(مادة ١٩٧)

تُقَدَّمُ النَّفَقَةُ الْكَافِيَةُ لِلشَّخْصِ وَزَوْجَتِهِ وَعِيَالِهِ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ عَلَى قَضَاءِ دُيُونِهِ .

* * *

١١٤٤ - اعلم أنه إذا كان شخص مدينًا وطلب الدائنون ديونهم الثابتة بأي طريق من طرق الإثبات الشرعي يؤمر المدين بسداد تلك الديون فإن امتثل فبها ، وإن لم يمتثل ولم تكن لديه نقود ظاهرة باع القاضي عليه من أمواله ما بقي بسداد ديونه على قول الصاحبين المعول عليه ، فإن كانت أمواله لا تفي بالديون باعها القاضي وقسم ثمنها بين الدائنين قسمة تناسبية ؛ أي كل من الدائنين يأخذ من ثمن ما يباع بنسبة دينه ، فإذا فرض أن شخصًا مدين بألف جنيه لثلاثة أشخاص لأحدهم خمسمائة وللثاني ثلاثمائة وللثالث مائتان وجميع أمواله لا تساوي إلا خمسمائة جنيه قسم هذا المبلغ بينهم على نسبة ديونهم وطريق معرفة ذلك أن تقسم ما عنده من المال على جميع الديون وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم فالخارج هو ما يخص ذلك الدين ، ففي المثال المتقدم بلغ جميع الديون ألف جنيه وأمواله التي يمتلكها خمسمائة جنيه وبقسمة الخمسمائة على الألف يكون خارج القسمة نصفا ، وبضربه في دين كل منهم يحصل لكل منهم نصف دينه هكذا .

٥٠٠ ، ١٠٠٠ = ٢٥٠ ، ٥٠٠ = ١ ، ٠

١ ، ٢ ، ٥٠٠ = ٥٠٠ ، ٢ = ٢٥٠ ، ١ = ٢٥٠ فيكون هذا نصيب الدائن بخمسمائة. ونصيب الدائن بثلاثمائة يحصل بهذا العمل .

١ ، ٢ ، ٣٠٠ = ٣٠٠ ، ٢ = ١٥٠ ، ١ = ١٥٠ ونصيب الدائن بمائتين يحصل بهذا العمل أيضًا .

١/٢ ، ٢٠٠ = ٢٠٠ ، ٢ = ١٠٠ ، ١ = ١٠٠ وقس على ذلك كل مثال يرد عليك من هذا القبيل .

١١٤٥ - ولك أن تقول من أول الأمر حيث أن جميع أمواله تساوي نصف جميع

الدين فكل يأخذ نصف دينه فإن كان يساوي الثلثين فكل يأخذ ثلثي دينه .. وهكذا ؛ فاتبع ما يسهل عليك فإن الغرض الوصول إلى المقصود بأي طريق كان ، ولكن عندما يبيع القاضي أمواله لسداد ديونه فلا يبيعها كلها بل يترك النفقة الكافية له ولمن تلزمه نفقته سواء كان زوجة أو غيرها ولا شك أن النفقة تشمل السكنى والكسوة والطعام فيترك له بيتا يسكن فيه هو ومن تلزمه نفقته على حسب حاله ودرجته في الهيئة الاجتماعية ومن الثياب كذلك ومن الطعام ما يكفيه إلى أن يحصل على شيء آخر بحسب ما هو مستعد له من الكسب فإن كان كسبه يوميا أو أسبوعيا أو شهريا أو سنويا ترك له ما يكفيه هذه المدة لأنه بعدها يحصل على شيء جديد ينفق منه .

(مادة ١٩٨)

لَا تَصِيرُ النَّفَقَةُ دَيْنًا إلاَّ بِالْقَضَاءِ أَوْ بِتَرَاضِي الزَّوْجَيْنِ عَلَى شَيْءٍ مُعَيَّنٍ (١) .

* * *

١١٤٦ - واعلم أنه إذا مضت مدة لم ينفق الزوج فيها على زوجته بل أنفقت هي على نفسها سواء كان من مالها أو من مال غيرها ثم طالبته بما أنفقت فإما أن تكون نفقة تلك المدة غير مقضي بها ولم يحصل تراض بين الزوجين على إعطائه لها كل أسبوع مثلًا كذا من الدراهم أو تكون نفقة تلك المدة مقضيًا بها أو متراضي عليها بين الزوجين والمقضي بها أو المتراضي عليها إما أن تكون مستدانة أو غير مستدانة ، والمستدانة إما أن تكون مستدانة بغير أمر القاضي أو أمر الزوج أو مستدانة بأمر واحد منهما وكل من هذه الأحوال له حكم يخصه وإليك البيان .

١١٤٧ - فإن كانت النفقة غير مقضي بها ولا متراضي عليها فأما أن يكون الزمن الذي مضى ولم تطلب المرأة فيه النفقة شهرًا فأكثر أو أقل من شهر ، فإن كان الأول سقطت عنه النفقة بمضي هذا الزمن فليس لها حق في طلبها ؛ لأنها ليست بدين على الزوج إذ أن النفقة لا تصير دينًا إلا بأحد أمرين .

١١٤٨ - **الأول** : قضاء القاضي بها على الزوج .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٥٩٤/٣) : « (والنفقة لا تصير دينا إلا بالقضاء أو الرضا) أي : اصطلاحهما على قدر معين أصنافًا أو دراهم ، فقبل ذلك لا يلزم شيء ، وبعده ترجع بما أنفقت ولو من مال نفسها بلا أمر قاض » .

١١٤٩ - **الثاني** : التراضي بين الزوجين لأن النفقة صلة وليست بعوض فلم يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة فإنها لا توجب الملك في الموهوب إلا بمؤكد وهو القبض وتراضي الزوجين بمنزلة القضاء لأن ولاية الزوج على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه .

١١٥٠ - وقال الشافعي وأحمد على أحد القولين في مذهبه تصير النفقة دينًا قبل القضاء أو الرضا لأنها عوض فصارت كسائر الديون فتثبت وإن لم يقض بها القاضي ولم يتراض الزوجان على تقدير شيء معين- وهذا هو الظاهر ؛ لأن الحنفية نفسهم يقولون : إنها جزاء الاحتباس فالظاهر من هذا إنه متى وجد الاحتباس ثبت النفقة وهو النفقة سواء حصل القضاء أو الرضا أو لم يحصل واحد منهما (١) .

(مادة ١٩٩)

النفقةُ المفروضةُ للزوجةِ بحكمِ القاضي أو بالتَّراضِي لا تسقُطُ بمضِي المدةِ ، فإذا لمْ تطالبْ بها المرأةُ ولم تقبضْهَا كلَّها أو بعضَها في مواعيدِها المقررةِ ، فلها ما دامتْ حيةً مطيعةً والزوجُ حيٌّ أن ترجعَ عليهِ بالمقدارِ المتجمدِ منها بَعدَ القضاءِ أو الرضا سواءٌ كانتِ المدةُ الماضيةُ قليلةً أو كثيرةً .

* * *

(مادة ٢٠٠)

ليسَ للمرأةِ الرجوعُ على زوجِها حاضرًا كانَ أو غائبًا بما أنفقتْهُ من مالِها قبل فَرْضِ القاضِي أو التراضي على شيءٍ معَينٍ بل يَسقُط ذلك بمضيِّ شهرٍ فأكثرَ لا أقلَّ .

* * *

١١٥١ - وإن كانت المدة الماضية أقل من شهر فلا تسقط وحينئذٍ فلها الحق في طلب نفقة تلك المدة لأنهم جعلوا هذا المدة قليلة ، والقليل مما لا يمكن التحرز عنه ؛ إذ لو سقطت بمضي اليسير من المدة لما تمكنت من الأخذ أصلًا قبل القضاء أو الرضا ولا

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٧٩) : النفقة المفروضة قضاء أو رضاء لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

يخفى ما فيه من الحرج .

١١٥٢ - وإن كانت النفقة مقضيا بها أو متراضي عليها بين الزوجين ولكن لم تطالب المرأة بها ولم تأخذها دينا بل أنفقت من مال نفسها مدة ، وبعد ذلك طالبت الزوج بما أنفقته في المدة الماضية بعد القضاء أو الرضا يثبت لها الحق ؛ لأنها لا تسقط بمضي الزمن إذ صارت دينا بالقضاء أو الرضا فلها أخذه سواء كانت المدة الماضية التي لم تأخذ فيها النفقة قليلة أو كثيرة ولكن هذه النفقة تسقط بموت أحد الزوجين أو بنشوز الزوجة أي خروجها عن طاعة زوجها بغير حق ، فإذا مضت أربعة أشهر مثلا بعد القضاء أو الرضا وتجمدت على الزوج نفقتها فمات الزوج فلا يكون للزوجة حق في أخذ المقدار المتجمد من التركة وإذا ماتت الزوجة فليس لورثتها حق في طلب المقدار المتجمع من الزوج ؛ لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية ، وكما أنها تسقط بالموت تسقط أيضا بالنشوز عقابًا لها واختلفوا في سقوطها بالطلاق .

١١٥٣ - وقال الإمام الشافعي رضي اللّٰه تعالى عنه ، لا تسقط هذه النفقة بالموت ؛ لأنها صارت دينًا كباقي الديون فكما أن دين غير النفقة لا يسقط بالموت فكذلك دين النفقة وهذا هو الظاهر .

(مادة ٢٠١)

النَّفَقَةُ الْمَفْرُوضَةُ بِالْقَضَاءِ أَوِ الرِّضَا وَالْمُسْتَدَانَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ يَسْقُطُ دَيْنُهَا بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ ، وَلا يَسْقُطُ دَيْنُ النَّفَقَةِ بِالطَّلاقِ ، إلا إِذَا تُحُقِّقَ أَنَّهُ رُفِعَ لِسُوءِ أَخْلاقِ الْمَرْأَةِ .

١١٥٤ - وإن كانت النفقة مقضيا بها أو متراضي عليها ولكنها مستدانة بغير أمر الزوج أو القاضي فهي مثل النفقة الغير المستدانة فلا تسقط بمضي الزمن بل تسقط بالموت وبالنشوز وبالطلاق إذا تحقق أنه حصل لسوء أخلاق الزوجة ، وهذا خلاف مذهب الشافعي أيضًا .

(مادة ٢٠٢)

النَّفَقَةُ الْمُسْتَدَانَةُ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ لاَ يَسْقُطُ دَيْنُهَا بِأَيِّ حَالٍ ، بَلْ تَكُونُ دَيْنًا ثَابِتًا لَهَا فِي تَرِكَةِ زَوْجِهَا وَاجِبًا أَدَاؤُهُ . ثُمَّ إِنْ كَانَتِ الاسْتِدَانَةُ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، فَلِلْغَرِيمِ الرُّجُوعُ عَلَى أَيِّهِمَا شَاءَ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ مِنَ الْمَرْأَةِ . وَإِنْ كَانَتْ بِلاَ أَمْرِ الْحَاكِمِ ، فَلاَ رُجُوعَ لَهُ إِلَّا عَلَى الْمَرْأَةِ ، وَهِيَ تَرْجِعُ عَلَى زَوْجِهَا إِنْ ثَبَتَ لَهَا عَلَيْهِ حَقٌّ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٢٠٥/٤ - ٢٠٧) : « سقوط النفقة المقضي بها بالطلاق مختلف فيه فجزم في النقاية بسقوطها به كالموت مسويًا بينهما ، وكذا في الجوهرة وذكر في الخانية والظهيرية ، وكما تسقط المفروضة بموت أحد الزوجين هل تسقط بالطلاق اختلفوا فيه فقال بعضهم : لا تسقط ، وقال القاضي الإمام أبو علي النسفي : وجدت رواية في السقوط وذكر البقالي أن على قول محمد تسقط ولا رواية عن أبي يوسف ، وذكر شمس الأئمة الحلواني زاد في الخصاف لسقوط النفقة المفروضة سببًا آخر فقال : تسقط بموته وموتها وتسقط إذا طلقها أو أبانها ا هـ . هذه عبارتها باللفظ وفي الخلاصة والبزازية وهل تسقط النفقة المفروضة بالطلاق ؟ حكي عن القاضي الإمام أبي علي النسفي أنها تسقط وفي فتاوى البقالي ذكر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد ا هـ .

وفي الذخيرة لو طلقها الزوج في هذا الوجه يسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي كذا حكي عن القاضي الإمام أبي علي النسفي وكان يقول وجدنا رواية هذه المسألة في كتاب القاضي وبه كان يفتي الصدر الشهيد والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني وشبهه بالذمي إذا اجتمع عليه خراج رأسه ، ثم أسلم يسقط عنه ما كان اجتمع عليه ووجه التشبيه به أن الذمي إنما كان يؤخذ منه خراج النفس لإصراره على الدين الباطل ، وقد زال ذلك المعنى بالإسلام فتسقط الجزية كذا ها هنا المرأة إنما تستحق النفقة بالوصلة التي كانت بينهما وتلك الوصلة قد انقطعت بالطلاق ، فأما إذا كانت النفقة مستدانة بأمر القاضي فإنها لا تسقط بالطلاق وهو الصحيح لما ذكرنا أنه كاستدانة الزوج بنفسه ا هـ . ما في الذخيرة وفي المجتبى ، ولو طلقها الزوج في هذه الوجوه فإنه يسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي ا هـ . فقد ظهر من هذا أن الراجح عندهم سقوطها بالطلاق كالموت خصوصا قد أفتى به الشيخان كما في الذخيرة وظاهر كلامهم أنه لا فرق فيه بين الطلاق الرجعي والبائن ؛ لأنه في عبارة الخانية والظهيرية قد عطف البائن على الطلاق فعلم أن الطلاق رجعي قال العبد الضعيف ينبغي ضعف القول بسقوطها بالطلاق ، ولو بائنا لأمور : الأول : أنهم اتفقوا على أنه يحبس في النفقة المفروضة إذا امتنع من دفعها ، ولو كانت تسقط بالطلاق لأمكنه أن يطلقها فتسقط ثم يراجعها .

الثاني : أنهم صرحوا بجواز أخذ الكفيل بالنفقة المفروضة بقدر المدة التي فرضها القاضي مع أن الكفالة لا تصح إلا بدين صحيح ، قالوا : وهو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فلو كان دين النفقة يسقط بالطلاق لم يكن صحيحًا فلم تصح الكفالة به ولا يضرنا سقوطه بموت أحدهما ؛ لأنه لعارض أن أصله صلة والصلات تسقط بالموت قبل القبض ، الثالث وهو أقواها ما ذكروه في باب الخلع فإن الكل قد ذكروا أن الطلاق على =

١١٥٥ - وإن كانت النفقة مقضيًّا بها أو متراضى عليها ولكنها مستدانة بأمر القاضي أو الزوج فلا يسقط دينها أصلًا لا بموت ولا بغيره ؛ لأن للقاضي ولاية عامة فهي بمنزلة استدانة الزوج ولو استدان الزوج بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله فما دام الزوج موجودًا فلها أن تطالبه بها قصرت المدة أو طالت ، وإذا مات فلا تسقط أيضًا بل يكون لها الحق في أخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة ؛ لأن الدين مقدم وكما ثبت للزوجة الحق في طلب دين النفقة من الزوج لتعطيه للدائن يثبت للدائن طلب الزوج مباشرة بهذا الدين إن كانت الاستدانة بأمر الحاكم وحينئذ يكون الدائن مخيرًا بين أخذ دينه من المرأة أو الزوج .

١١٥٦ - ومثله ما إذا كانت الاستدانة بأمر الزوج فإن كانت بلا أمر واحد منهما فله الحق في أخذه من المرأة فقط وهي تأخذه من زوجها إن ثبت لها عليه حق بأن كانت النفقة مقضيًّا بها أو متراضى عليها ولم يوجد ما يسقطها [1].

= مال لا يسقط شيئًا من حقوق النكاح بخلاف الخلع على مال ولا بأس بذكر عباراتهم ، قال في البدائع : ولا خلاف بينهم في الطلاق على مال أنه لا يبرأ به من سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح ا هـ .
فقد أفاد عدم سقوط النفقة والكسوة المفروضتين بالطلاق على مال ؛ لأنه صرح بسائر الحقوق ، وهي ثلاثة : المهر والنفقة والكسوة ولا يمكن حمله على المهر فقط ؛ لأنه يبطل به قوله سائر الحقوق ، وقال قبله : وأما حكم الخلع فإن كان بغير بدل بأن قال خالعتك ونوى به الطلاق فحكمه أن يقع الطلاق ولا يسقط شيء من المهر والنفقة الماضية وإن كان ببدل إلى آخره ، فهذا صريح في المسألة أيضا وفي غاية البيان أما إذا كان العقد بلفظ الطلاق على مال فهل تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح ، ففي ظاهر الرواية تقع ؛ لأن لفظ الطلاق لا يدل على إسقاط الحق الواجب بالنكاح وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة تقع البراءة عنها لإتمام المقصود ا هـ . وظاهره أن الطلاق إذا لم يكن على مال لا يسقط شيئًا من الحقوق الواجبة اتفاقًا ، فهذا كله يدل على ضعف الرواية السابقة خصوصًا أن مفهوم الكتب حجة ، وقد قيدوا سقوطها بموت أحدهما .
وظاهر ما في الخانية والظهيرية أن الخصاف زاد الطلاق من عنده وليس له أصل في المذهب ، فالذي يتعين المصير إليه على كل مفت وقاض اعتماد عدم السقوط خصوصًا ما تضمنه القول بالسقوط من الإضرار بالنساء حتى استفتيت وقت تأليف هذا المحل عن امرأة لها كسوة مفروضة تجمد لها عشر سنين ولم يدفع لها الزوج ، ثم إنها رفعته إلى قاض وحكم عليه بالدفع فاستمهلها يوما ، ثم ذهب إلى قاض رومي وخلعها عنده بغير علمها فحكم له القاضي الحنفي بسقوط الكسوة الماضية ولا يخفى ما في ذلك من الضرر فإن قلت لِمَ لَمْ تعتمد على تصحيح الزيلعي بقوله : وكذا لا تسقط بالطلاق في الصحيح لما ذكرنا قلت : لأن كلامه في النفقة المستدانة بأمر القاضي وكلامنا في المفروضة فقط » .
(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٧٢) : النفقة تكون معجلة بالتعجيل وإذا حدثت وفاة أو طلاق بعد استيفاء الزوجة لها فلا يجوز استردادها .

(مادة ٢٠٣)

لا تُسْتَرَدُّ النَّفَقَةُ الَّتِي دُفِعَتْ لِلزَّوْجَةِ مُعَجَّلًا ، لا بِمَوْتٍ وَلا طَلَاقٍ ، سَوَاءٌ عَجَّلَهَا الزَّوْجُ أَوْ أَبُوهُ وَلَوْ كَانَتْ قَائِمَةً .

١١٥٧ – فإن أعطى الزوج لزوجته نفقة مدة مستقبلة ولم يحصل في أثناء تلك المدة ما يسقط النفقة فقد استحقتها فلا حق له في استرداد شيء منها وأما إذا حصل في أثناء المدة ما يسقطها كما إذا عجل لها نفقة سنة مثلًا وماتت الزوجة بعد مضي أربعة أشهر أو مات الزوج بعد مضي هذا الزمن أو طلقها في أثناء المدة فليس له ولا لورثته حق في استرداد شيء منها أو من ورثتها ، كما لو مضت المدة المعجلة نفقتها ولم يطرأ ما يسقطها ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها صلة وقد اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة .

١١٥٨ – وقال محمد والإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل تحسب لها نفقة ما مضى وما بقي يسترد سواء كان المعجل طعاما أو كسوة ؛ لأنها استعجلت عوضا عما تستحق عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق في البعض فيبطل العوض بقدره وهذا هو الظاهر لقوة دليله ، ولا فرق في هذا الحكم ين أن يكون المعجل للنفقة هو الزوج أو أبوه .

(مادة ٢٠٤)

الإِبْرَاءُ عَنِ النَّفَقَةِ قَبْلَ فَرْضِهَا قَضَاءً أَوْ رِضًا بَاطِلٌ ، وَبَعْدَهُ صَحِيحٌ عَنْ نَفَقَةِ الْمُدَّةِ الْمَاضِيَةِ ، وَعَنْ نَفَقَةِ يَوْمٍ وَاحِدٍ مُسْتَقْبَلٍ دَخَلَ أَوَّلُهُ إِنْ كَانَتْ مَفْرُوضَةً كُلَّ يَوْمٍ ، وَعَنْ أُسْبُوعٍ وَاحِدٍ إِنْ كَانَتْ مَفْرُوضَةً كُلَّ أُسْبُوعٍ ، وَعَنْ نَفَقَةِ شَهْرٍ وَاحِدٍ مُسْتَقْبَلٍ قَدْ اسْتَهَلَّ إِنْ كَانَتْ مَفْرُوضَةً كُلَّ شَهْرٍ ، وَعَنْ نَفَقَةِ سَنَةٍ وَاحِدَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ قَدْ دَخَلَتْ إِنْ كَانَتْ مَفْرُوضَةً سَنَوِيًّا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٥٣/١) : « المرأة إذا أبرأت الزوج عن النفقة بأن قالت : أنت بريء من نفقتي أبدا ما كنت امرأتك ، فإن لم يفرض لها القاضي النفقة فالبراءة باطلة ، وإن كان فرض لها القاضي كل شهر عشرة دراهم يصح الإبراء من نفقة الشهر الأول ، ولم يصح من نفقة ما سوى ذلك الشهر ، ولو قالت بعد ما مكثت شهرا : أبرأتك من نفقة ما مضى ، وما يستقبل يبرأ من نفقة ما مضى ، ومن نفقة ما =

١١٥٩ - والنفقة حق للزوجة فلها أن تطالب زوجها بها ولها أن تبرئه منها أي تسقط حقها فيها فإن طالبته أجبر على الإعطاء ما لم تسقط بواحد من الأشياء المتقدمة ، وإن أبرأته منها فلا حق لها في الطلب بعد ذلك إن كان الإبراء صحيحًا .

١١٦٠ - والإبراء من النفقة إما أن يكون قبل القضاء بها أو التراضي عليها أو بعد واحد منهما فإن كان بعد واحد منهما فإما أن يكون عن مدة ماضية أو مستقبلة فإن كان قبل القضاء أو الرضا فهو باطل لأن الإبراء لا يكون إلا عن شيء موجود في الذمة وقته والنفقة لا تصير دينًا إلا بالقضاء أو الرضا فلم يكن الدين موجودًا وقت الإبراء فلا يصح وإن كان بعد القضاء أو الرضاء وكان عن مدة ماضية بأن مضى شهران مثلًا بعد واحد منهما لم تأخذ فيهما شيئًا صح الإبراء لقيام الدين بذمته وقته وهو حق الزوجة فلها أن تسقطه وإن كان بعد القضاء أو الرضا ولكن عن زمن مستقبل فإن كانت مفروضة شهريا ، واستهل الشهر بأن جاء أول يوم منه وأبرأته عن نفقة شهر صح هذا الإبراء فإن أبرأته عن نفقة شهرين أو ثلاث مثلًا فلا يبرأ إلا عن نفقة الشهر الذي دخل اوّله وحينئذ يكون لها الحق في مطالبته بنفقة غير الشهر الذي حصل الإبراء فيه ؛ لأن القاضي لما فرض نفقة كل شهر فإنما فرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر فما لم يتجدد

= يستقبل بقدر نفقة شهر ، ولا يبرأ زيادة على ذلك كذا في الفتاوى الكبرى ، وهكذا في التجنيس والمزيد ولو قالت : أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ إلا من شهر إلا أن يكون فرض لها كل سنة كذا في فتح القدير » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٠٩/٣) : « (ولو أسقطت المعتدة حق السكنى) عن الزوج في المستقبل (لم تسقط ؛ لأنها تجب يومًا يومًا فيكون) ذلك (إسقاطًا) للشيء (قبل الوجوب) له ، وهو لا يصح » .

قول المالكية : جاء في الفروق للقرافي (١٩٩/١ ، ٢٠٠) : « إذا أسقطت المرأة نفقتها على زوجها قال أصحابنا : لها المطالبة بها بعد ذلك مع أنه إسقاط بعد السبب الذي هو النكاح وقبل الشرط الذي هو التمكين أو يقال السبب هو التمكين خاصة وما وجد في المستقبل عند الإسقاط في الحال فقط أسقطت النفقة قبل سببها فيكون كإسقاط الشفعة قبل بيع الشريك ، والأول عندي أظهر وإسقاط اعتبار العصمة بالكلية لا يتجه فإن التمكين بدون العصمة موجود في الأجنبية ولا يوجب نفقة ، والأحسن أن يقال : هو من ذلك غير أنه يشق على الطباع ترك النفقات فلم يعتبر صاحب الشرع الإسقاط لطفا بالنساء لا سيما مع ضعف عقولهن وعلى التعليلين يشكل بما إذا تزوجته وهي تعلم بفقره قال مالك : ليس لها طلب فراقه بعد ذلك مع أنه قبل العقد وقبل التمكين والفرق أن المرأة إذا تزوجت من تعلم بفقره فقد سكنت نفسها سكونًا كليًا فلا ضرر عليها في الصبر على ذلك كما إذا تزوجته مجبوبًا أو عنينًا فلا مطالبة لها لفرط سكون النفس » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٧٧/٥) : « تزوجته معسرًا أو (شرط أن لا ينفق عليها ، أو أسقطت النفقة المستقبلة ، ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك) لأن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فيتجدد لها الفسخ كذلك » .

الشهر لا يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لا تصير نفقة الشهر الثاني واجبة فلا يصح الإبراء عنها ، وحاصله أن النفقة تفرض لمعنى الحاجة المتجددة فإذا فرضت كل شهر كذا صارت الحاجة متجددة بتجدد كل شهر فقبل تجدده لا يتجدد الفرض فلم تجب النفقة قبله ولا يصح الإبراء عما لم يجب ، ومثله ما إذا كانت مفروضة يوميًا أو أسبوعيًا أو سنويًا لما ذكر [1] .

(مادة ٢٠٥)

دَيْنُ النَّفَقَةِ وَالدَّيْنُ الثَّابِتُ فِي ذِمَّةِ الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا لا يَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا، فَإِذَا طَلَبَتِ الْمَرْأَةُ مُقَاصَّةَ دَيْنِ نَفَقَتِهَا بِمَا عَلَيْهَا لِزَوْجِهَا ، فَلا تُجَابُ إِلَى مَطْلُوبِهَا ، إِلَّا إِذَا رَضِيَ بِذَلِكَ . وَإِنْ طَلَبَ هُوَ مُقَاصَّةَ دَيْنِ نَفَقَتِهَا بما له عَلَيْهَا ، يُجَابُ إِلَى طَلَبِهِ .

* * *

١١٦١ - فإذا صارت النفقة دينا بالقضاء أو الرضا ومضت مدة ولم تقبضها المرأة حتى تجمع لها مقدار من النقود عند الزوج وكان للزوج عليها دين بأن اشترت منه شيئًا مثلًا ولم تدفع له ثمنه وطلب أحدهما مقاصة الدينين ببعضهما أي إسقاط ما في ذمته في مقابلة ما في ذمة صاحبه فإما أن يكون المطالب الزوجة أو الزوج .

١١٦٢ - فإن كان الأول فلابد من رضاه بذلك ؛ لأن الدين الثابت عليه دين نفقة وهو دين ضعيف والدين الثابت عليها دين صحيح فيكون أقوى فلا يجبر على ذلك لقوة دينه .

١١٦٣ - والدين الصحيح هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء بخلاف الضعيف فإنه يسقط بهما وبغيرهما ولا شك أن دين النفقة ، كذلك إذ هو يسقط بهما وبالموت

---

(١) جاء في **قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٥٨) - حقوق الزوجة على زوجها هي :
أ - النفقة الشرعية .
ب - السماح لها بزيارة أبويها ومحارمها واستزارتهم بالمعروف .
ج - الاحتفاظ باسمها العائلي .
د - عدم التعرض لأموالها الخاصة فلها التصرف فيها بكل حرية .
هـ - عدم الإضرار بها ماديًا أو معنويًا .
و - العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة .

وبالنشوز وبالطلاق إذا تحقق إنه وقع لسوء أخلاق المرأة .

١١٦٤ - ولا يخفى عليك أن هذا الحكم خاص بالنفقة إذا لم تكن مستدانة بأمر القاضي أو الزوج ؛ لأنها إن كانت كذلك كانت دينًا صحيحًا لأنها لا تسقط والحالة هذه إلا بأحد الأمرين المتقدمين وهما الأداء أي الإعطاء أو الإبراء أي الإسقاط ، فلو طلبت الزوجة المقاصة في هذه الحالة أجبر الزوج لتساوي الدينين .

١١٦٥ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان طالب المقاصة هو الزوج أجيب إلى طلبه وتجبر المرأة على ذلك ؛ لأن النفقة إذا لم تكن مستدانة بأمر القاضي أو أمر الزوج فهي دين ضعيف ودين الزوج صحيح فهو أقوى فيكون هذا الطلب في فائدة الزوجة فتجبر على القبول .

١١٦٦ - وإن كانت مستدانة بالأمر صار كل من الدينين صحيحًا فتساويا في الحكم فتجاب الزوجة إلى مطلوبها .

الباب الثالث
في ولاية الزوج وما له من الحقوق

(مادة ٢٠٦)

وِلَايَةُ الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ تَأْدِيبِيَّةٌ ، فَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى أَمْوَالِهَا الْخَاصَّةِ مِنْهَا ، بَلْ لَهَا التَّصَرُّفُ فِي جَمِيعِهَا بِلَا إِذْنِهِ وَرِضَاهُ ، وبِدُونِ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَجْهٌ فِي مُعَارَضَتِهَا مُعْتَمِدًا عَلَى وِلَايَتِهِ . وَلَهَا أَنْ تَقْبِضَ غَلَّةَ أَمْلَاكِهَا ، وَتُوَكِّلَ غَيْرَ زَوْجِهَا بِإِدَارَةِ مَصَالِحِهَا . وَتَنْفُذُ عُقُودُهَا بِلَا تَوَقُّفٍ عَلَى إِجَازَتِهِ مُطْلَقًا ، وَلَا عَلَى إِجَازَةِ أَبِيهَا أَوْ جَدِّهَا عِنْدَ فَقْدِهِ ، أَوْ وَصِيِّهِمَا إِنْ كَانَتْ رَشِيدَةً مُحْسِنَةً لِلتَّصَرُّفِ . وَمَهْمَا تَكُنْ ثَرْوَتُهَا ، فَلَا يَلْزَمُهَا شَيْءٌ مِنَ النَّفَقَاتِ الْوَاجِبَةِ عَلَى الزَّوْجِ .

* * *

١١٦٧ - اعلم أنه لا ولاية للزوج على الزوجة إلا فيما يحفظ به عرضه وشرفه ونسبه وماله فله تأديبها على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر كما يظهر لك في شرح مادة (٢٠٩) وحينئذ لا ولاية له على أموالها الخاصة بها بل هي التي لها الولاية عليها فلها التصرف في جميعها سواء كان بإذنه أو بغيره ، وإذا أراد منعها من التصرفات في مالها معتمدًا على ماله من الولاية فلا يكون له حق في ذلك لما عرفت من أن ولايته عليها تأديبية فقط فإذا كان لها أموال فهي التي تتولى إدارتها بنفسها أو توكل من شاءت سواء كان الزوج أو غيره فتقبض أجرة أملاكها بنفسها أو توكل من شاءت في ذلك وكل عقد صدر منها وكانت رشيدة أي محسنة للتصرف في مالها لا يتوقف نفاذه على إجازة أحد ، ولو كان أبا أو جدًّا ، فإن كانت غير رشيدة فلا يتوقف على إجازة الزوج ؛ لأنه لا ولاية له على أموالها الخاصة في حال من الأحوال ولكن العقود التي تصدر منها إذا كانت مترددة بين النفع والضرر يتوقف نفاذها في حال كونها غير رشيدة على إجازة أبيها إن كان موجودًا فإن لم يكن فوصيه فإن لم يوجد فالجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه لأن كلًّا من هؤلاء له الولاية على أموالها بهذا الترتيب وكل شيء يلزم المرأة من النفقة واجب على الزوج فلا يلزمها شيء من النفقات مهما كثرت أموالها كما عرفت مما تقدم في النفقة .

(مادة ٢٠٧)

لِلزَّوْجِ بَعْدَ إِيفَاءِ الْمَرْأَةِ مُعَجَّلَ صَدَاقِهَا أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ الْخُرُوجِ مِنْ بَيْتِهِ بلا إِذْنِهِ فِي غَيْرِ الأَحْوَالِ الَّتِي يُبَاحُ لَهَا الْخُرُوجُ فِيهَا ، كـ : زِيَارَةِ وَالِدَيْهَا فِي كُلِّ أُسْبُوعٍ مَرَّةً ، وَمَحَارِمِهَا فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً . وَلَهُ مَنْعُهَا مِنْ زِيَارَةِ الأَجْنَبِيَّاتِ وَعِيَادَتِهِنَّ ، وَمِنَ الْخُرُوجِ إِلَى الْوَلَائِمِ وَلَوْ كَانَتْ عِنْدَ الْمَحَارِمِ . وَلَهُ إِخْرَاجُهَا مِنْ مَنْزِلِ أَبَوَيْهَا إِنْ كَانَتْ صَالِحَةً لِلرِّجَالِ ، وَأَوْفَاهَا مُعَجَّلَ صَدَاقِهَا ، وَإِسْكَانُهَا بَيْنَ جِيرَانٍ صَالِحِينَ حَيْثُ سَكَنَ مِنَ الْبَلْدَةِ الَّتِي تَزَوَّجَهَا بِهَا ، وَلَوِ اشْتَرَطَا عَلَيْهِ أَلاَّ يُخْرِجَهَا مِنْ مَنْزِلِهِمَا . وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ أَهْلَهَا مِنَ الْقَرَارِ وَالْمَقَامِ عِنْدَهَا فِي بَيْتِهِ ، سَوَاءٌ كَانَ مِلْكًا لَهُ أَوْ إِجَارَةً أَوْ عَارِيَةً [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٢١٢/٤) : « لها الخروج إلى زيارة الأبوين والمحارم فعلى الصحيح المفتى به تخرج للوالدين في كل جمعة بإذنه وبغير إذنه ولزيارة المحارم في كل سنة مرة بإذنه وبغير إذنه ، وأما الخروج للأهل زائدا على ذلك فلها ذلك بإذنه قال في الظهيرية : ويجوز للرجل أن يأذن لها في الخروج إلى زيارة الوالدين وتعزيتهما وعيادتهما وزيارة المحارم وفي الخلاصة معزيًا إلى مجموع النوازل : يجوز للرجل أن يأذن لها بالخروج إلى سبعة مواضع زيارة الأبوين وعيادتهما أو أحدهما وزيارة المحارم فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها على آخر حق تخرج بالإذن وبغير الإذن والحج على هذا وفيما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج . ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فإن وقعت لها نازلة إن سأل الزوج من العالم أو أخبرها بذلك لا يسعها الخروج وإن امتنع من السؤال يسعها من غير رضا الزوج وإن لم تقع لها نازلة لكن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم لتتعلم مسألة من مسائل الوضوء والصلاة فإن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر عندها فله أن يمنعها وإن كان لا يحفظ فالأولى أن يأذن لها أحيانا وإن لم يأذن فلا شيء عليه ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة ، وفي الفتاوى في باب المهر ، والمرأة قبل أن تقبض مهرها لها الخروج في حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج فإن أعطاها المهر ليس لها الخروج إلا بإذن الزوج ا هـ .

وهكذا في الخانية إلا أنه زاد أنها تخرج بغير الإذن أيضا إذا كانت في منزل يخاف السقوط عليها ، وقيد الحج بالفرض مع وجود المحرم وقيد خروج القابلة والغاسلة بإذن الزوج وفسر الغاسلة بمن تغسل الموتى وينبغي للزوج أن يمنع القابلة والغاسلة من الخروج ؛ لأن في الخروج إضرارًا به وهي محبوسة لحقه ، وحقه مقدم على فرض الكفاية بخلاف الحج الفرض ؛ لأن حقه لا يقدم على فرض العين وينبغي أن يحمل كلامهم هنا على المرأة التي لم تكن مخدرة في مسألة خروجها للخصومة عند القاضي ؛ لأنه حينئذ لا يقبل منها التوكيل .

وأما إذا كانت مخدرة ، فليس لها الخروج بغير إذن الزوج لقبول التوكيل منها بغير رضا الخصم أما الزوج أو غيره ولم أر من نبه على هذا وسيأتي في باب التعزير المواضع التي يجوز للزوج أن يضرب امرأته فيها ، وقالوا هنا له أن يمنع امرأته من الغزل ولا تتطوع للصلاة والصوم بغير إذن الزوج ، كذا في الظهيرية وينبغي عدم تخصيص الغزل ، =

١١٦٨ - وكل من الزوجين له حقوق على الآخر فمتى قام أحدهما بما عليه من الحقوق وجب على الآخر القيام بالحقوق التي من جهته ومن حقوق الزوجة على الزوج

= بل له أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب ؛ لأنها مستغنية عنه لوجوب كفايتها عليه ، وكذا من العمل تبرعا لأجنبي بالأولى وفي فتح القدير حيث أبحنا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ ٱلْأُولَىٰ ﴾ وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضي خان قال في فصل الحمام في فتاويه حيث قال دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا خلافا لما قاله بعض الناس إلى آخره » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤/٤٢٧) : « وللزوج منع زوجته من عيادة أبويها ومن شهود جنازتهما وجنازة ولدها ، والأولى خلافه » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥/٥٤٨ ، ٥٤٩) : « وفي العتبية : ليس للرجل أن يمنع زوجه من الخروج لدار أبيها وأخيها ويقضى عليه بذلك خلافا لابن حبيب . وعند ابن رشد : أن هذا الخلاف إنما هو للشابة المأمونة ، وأما المتجالة فلا خلاف أنه يقضى لها بزيارة أبيها وأخيها ، وأما الشابة غير المأمونة فلا يقضى لها بالخروج (لا إن حلف لا تخرج) سمع القرينان : إن حلف بطلاق أو بعتق أن لا يدعها تخرج أبدا أيقضى عليه في أبيها وأمها ويحنث ، قال : لا ، انظر إذا منع أخاها من الدخول عليها سئل عن ذلك مالك فقال : ما أرى أن يمنع . وسئل أيضا عن المرأة يغيب عنها زوجها فيمرض أخوها أو أمها أو أختها فتريد أن تأتيهم تعودهم ولم يأذن لها زوجها حين خرج قال : لا بأس بذلك أن تأتيهم وإن لم يأذن لها زوجها حين خرج » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٢٤ ، ٢٢٥) : « وللزوج منعها من الخروج من منزله إلى ما لها منه بد سواء أرادت زيارة والديها ، أو عيادتهما ، أو حضور جنازة أحدهما . قال أحمد : في امرأة لها زوج وأم مريضة : طاعة زوجها أوجب عليها من أمها ، إلا أن يأذن لها . وقد روى ابن بطة ، في « أحكام النساء » ، عن أنس ، « أن رجلا سافر ومنع زوجته من الخروج ، فمرض أبوها ، فاستأذنت رسول الله ﷺ في عيادة أبيها ، فقال لها رسول الله ﷺ « اتقي الله ، ولا تخالفي زوجك » . فمات أبوها ، فاستأذنت رسول الله ﷺ في حضور جنازته ، فقال لها : « اتقي الله ، ولا تخالفي زوجك » . فأوحى الله إلى النبي ﷺ إني قد غفرت لها بطاعة زوجها » . ولأن طاعة الزوج واجبة ، والعيادة غير واجبة ، فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب ؛ ولا يجوز لها الخروج إلا بإذنه ، ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها ، وزيارتهما ؛ لأن في ذلك قطيعة لهما ، وحملا لزوجته على مخالفته ، وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف ، وليس هذا من المعاشرة بالمعروف . وإن كانت زوجته ذمية ، فله منعها من الخروج إلى الكنيسة ؛ لأن ذلك ليس بطاعة ، ولا نفع . وإن كانت مسلمة ، فقال القاضي : له منعها من الخروج إلى المساجد . وهو مذهب الشافعي .
وظاهر الحديث يمنعه من منعها ؛ لقول النبي ﷺ : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » . وروي أن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل ، فكانت تخرج إلى المساجد ، وكان غيورا ، فيقول لها : لو صليت في بيتك . فتقول : لا أزال أخرج أو تمنعني . فكره منعها لهذا الخبر . وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة أو الأمة النصرانية يشتري لها زنارا ، قال : لا بل تخرج هي تشتري لنفسها . فقيل له : جاريته تعمل الزنانير ، قال : لا » .

إعطاؤها معجل صداقها فإن لم يف به فليس له حق في منعها من الخروج من بيته وإن وفى به وأرادت أن تخرج ، فإما أن يكون خروجها بحق أو بغير حق ، فإن كان الأول فليس له منعها فلها الخروج ولو بلا إذنه ومنه الخروج لزيارة والديها في كل أسبوع مرة ولزيارة غيرهما من المحارم كالأخ والأخت والعم والخال في كل سنة مرة .

١١٦٩ - وعن أبي يوسف تقييد خروجها بعدم قدرتهم على المجيء إليها فإن كانوا قادرين على ذلك فلا تخرج وهو حسن فإن خروجهم قد لا يشق عليهم ويشق خروجها على الزوج ، فتمنع لأن في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصًا إذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات بخلاف خروجهم فإنه أيسر ، وحينئذٍ ينظر إلى من ليس في خروجه ضرر فيخرج ويمنع الآخر وله منعهم عند الزيارة من القرار والمقام عندها في بيته سواء كان ملكًا له أو مستأجره أو مستعيره لأن الفتنة في المكث وطول الكلام. ومن الخروج بحق ما إذا كان لها عند شخص حق أو أرادت أداء حج الفرض مع وجود محرم لها فليس له حق في منعها ؛ لأن حقه لا يقدم على فرض العين فلها الخروج ولو بلا إذنه. ومن الخروج بحق ما إذا وقعت لها مسألة تحتاج إليها في دينها ولكن إن سأل الزوج من العالم عنها أو كان عالما بها فأخبرها بالحكم فلا يباح لها الخروج ، فإن امتنع من السؤال كان لها الحق في الخروج وإن لم يرض الزوج فإن لم تقع لها مسألة بالفعل ولكن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم لتتعلم مسألة من مسائل الوضوء أو الصلاة مثلا فإن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكرها عندها فله أن يمنعها وإن كان لا يحفظ فالأحسن أن يأذن لها أحيانا وإن لم يأذن فلا شيء عليه ولا يباح لها الخروج ما لم تقع لها مسألة بالفعل. ومن الخروج بحق ما إذا خشيت سقوط البيت عليها أو حرقه أو غرقه فلها إن تخرج بغير إذنه .

١١٧٠ - وفي كل موضع أبحنا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى ما يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ ٱلْأُولَىٰ ﴾ (١) .

١١٧١ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان خروجها بغير حق فلا يباح لها الخروج ، وذلك كالخروج لزيارة الأجنبيات وعيادتهن أو الخروج للولائم ولو كانت عند المحارم لاشتمالها غالبا على المفاسد أو لزيارة الأولياء أو القبور ولو أذن لها وخرجت كانا عاصيين .

---

(١) سورة النور : ٣٣ .

١١٧٢ - ومتى أوفاها معجل صداقها فله إخراجها من منزل أبويها إن كانت صالحة للرجال وإسكانها بين جيران صالحين حيث سكن من البلدة التي تزوجها بها ، وهذا الحق ثابت له ولو اشترط عليه الأبوان أن لا يخرجها من منزلهما ؛ لأن هذا الشرط فاسد لا يعول عليه فله مخالفته .

(مادة ٢٠٨)

يَجُوزُ لِلزَّوْجِ إِنْ كَانَ مَأْمُونًا وَأَوْفَى الْمَرْأَةَ مُعَجَّلَ صَدَاقِهَا ، أَنْ يَنْقُلَهَا مِنْ حَيْثُ تَزَوَّجَهَا فِيمَا هُوَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، سَوَاءٌ كَانَ الانْتِقَالُ مِنْ مِصْرٍ إِلَى مِصْرٍ ، أَوْ مِنْ مِصْرٍ إِلَى قَرْيَةٍ ، أَوْ بِالْعَكْسِ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُلَهَا جَبْرًا فِيمَا هُوَ مَسَافَةُ الْقَصْرِ فَمَا فَوْقَهَا ، وَلَوْ أَوْفَاهَا جَمِيعَ الْمَهْرِ (١) .

١١٧٣ - فإن أراد الزوج أن يخرج زوجته من البلد الذي تزوجها فيه فإما أن يكون مأمونًا عليها أو غير مأمون ، وعلى كل فإما أن يكون بين البلدين مسافة السفر الشرعي أو لا ، والسفر الشرعي هو مسافة ثلاثة أيام بالسير الوسط ومتى كان السفر شرعيًا جاز للمسافر الفطر في رمضان ويجب عليه قضاء الأيام التي أفطر فيها إذا أقام ، ويجوز له

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣١٧/١) : « وإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء وكثير من المشايخ على أنه ليس للزوج أن يسافر بها في زماننا ، وإن أوفاها المهر ولكن ينقلها إلى القرى أين أحب وعليه الفتوى وله أن ينقلها من القرية إلى المصر ومن القرية إلى القرية ، كذا في الكافي » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٥١٨/٣ ، ٥١٩) : « للرجل السفر بزوجته إذا كان مأمونا عليها قال ابن عرفة : بشرط أمن الطريق والموضع المنتقل إليه وجري الأحكام الشرعية فيه انتهى . وظاهر كلام ابن عرفة أنه من عنده ونص على ذلك ابن الجلاب في باب النفقة إلا شرط جري الأحكام فليس صريحا في كلامه ، ونقل في التوضيح كلامه في باب النفقات .

وقال البرزلي : الذي استقر عندي من أحوال قرى القيروان حين كنت مقيما بها أنها لا تتناولها الأحكام الشرعية فلا تمكن الفارة من زوجها من الخروج إلى القرى أو إلى الجبال التي حولها وبلاد هوارة مثل برقة انتهى . فلو كان الطريق مخوفًا أو الموضع المنتقل إليه لم يجبرها على السفر فلو رضيت بالسفر معه للموضع المخوف أو الطريق المخوف وأراد أبوها منعها فهل له ذلك ، لم أر فيه نصا ووقعت وأفتى فيها بعض المالكية والشافعية بأن له منعها ويمكن أن يوجه بأنه لما كان الموضع أو الطريق مخوفًا سقط جبر الزوج إياها على السفر وصارت هي المختارة للسفر وقد صرح في التوضيح في باب الجهاد وغيره بأن للأبوين المنع من سفر الخطر والبحر فيكون له المنع ، وتوقف والدي فيها ولكنه مال إلى أن له المنع » .

أيضًا قصر الصلاة الرباعية بأن يصلي كلًّا من الظهر والعصر والعشاء ركعتين تخفيفًا عليه .

١١٧٤ - فإن كان مأمونا وأوفى الزوجة معجل صداقها فله أن ينقلها إذا كانت المسافة بين البلدين أقل من السفر الشرعي فإن كانت سفرًا شرعيًّا فليس له إجبارها على النقلة معه سواء كان الانتقال من مصر إلى مصر أو من مصر إلى قرية أو من قرية إلى مصر أو من قرية إلى قرية .

١١٧٥ - وإن كان غير مأمون عليها فلا تجبر على السفر معه مطلقا أي سواء كانت المسافة بين البلدين مسافة قصرًا أو أقل بل ولو كان يريد نقلها إلى جهة أخرى في البلد نفسه وهناك أقوال أخرى في هذه المسألة غير ما ذكر .

١١٧٦ - وقد استوفينا الكلام على هذا الموضوع في شرح مادة (١٦٢) فارجع إليه فإنه نفيس جدًّا .

(مادة ٢٠٩)

يُبَاحُ لِلزَّوْجِ تَأْدِيبُ الْمَرْأَةِ تَأْدِيبًا خَفِيفًا عَلَى كُلِّ مَعْصِيَةٍ لَمْ يَرِدْ فِي شَأْنِهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَصْلًا أَنْ يَضرِبَهَا ضَرْبًا فَاحِشًا وَلَوْ بِحَقٍّ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٠/١) : « وأما أحكامه - أي : النكاح - : فحل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا ، كذا في فتح القدير وملك الحبس وهو صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز ووجوب المهر والنفقة والكسوة عليه وحرمة المصاهرة والإرث من الجانبين ، ووجوب العدل بين النساء وحقوقهن ووجوب إطاعته عليها إذا دعاها إلى الفراش وولاية تأديبها إذا لم تطعه بأن نشزت واستحباب معاشرتها بالمعروف ، هكذا في البحر الرائق ، وتحريم الجمع بين الأختين ومن في معناهما ، كذا في السراج الوهاج » .
قول الشافعية : جاء في الإقناع للخطيب الشربيني (٤٧٤/٣) : « (وإذا خاف) الزوج (نشوز المرأة) بأن ظهرت أمارات نشوزها فعلًا كأن يجد منها إعراضًا وعبوسًا بعد لطف وطلاقة وجه ، أو قولا كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين (وعظها) استحبابًا لقوله تعالى : ﴿ وَالَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ﴾ كأن يقول لها : اتقي الله في الحق الواجب لي عليك واحذري العقوبة ، بلا هجر ولا ضرب . ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم فلعلها تبدي عذرًا أو تتوب عما وقع منها بغير عذر . وحسن أن يذكر لها ما في الصحيحين من قوله ﷺ : « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح » وفي الترمذي عن أم سلمة رضي الله تعالى عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « أيما امرأة باتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة » . (فإن أبت) مع وعظه (إلا النشوز هجرها) في المضجع ، أي يجوز له ذلك لظاهر الآية ، ولأن في الهجر أثرًا ظاهرًا =

=في تأديب النساء . والمراد أن يهجر فراشها فلا يضاجعها فيه . وخرج بالهجران في المضجع الهجران بالكلام فلا يجوز الهجر به لا لزوجة ولا لغيرها فوق ثلاثة أيام ، ويجوز فيها للحديث الصحيح : « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وفي سنن أبي داود : « فمن هجره فوق ثلاث فمات دخل النار » وحمل الأذرعي وغيره التحريم على ما إذا قصد بهجرها ردها لحظ نفسه ، فإن قصد به ردها عن المعصية وإصلاح دينها فلا تحريم ، وهذا مأخوذ من قولهم : يجوز هجر المبتدع والفاسق ونحوهما ، ومن رجي بهجره صلاح دين الهاجر أو المهجور .

وعليه يحمل هجره ﷺ كعب بن مالك وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم ونهيه ﷺ الصحابة عن كلامهم ، وكذا هجر السلف بعضهم بعضا . (فإن أقامت عليه) أي أصرت على النشوز بعد الهجر المرتب على الوعظ (ضربها) ضربا غير مبرح لظاهر الآية ؛ فتقديرها : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ، والخوف هنا بمعنى العلم كقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾ .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف أنه لا يضرب إلا إذا تكرر منها النشوز ، وهو ما رجحه جمهور العراقيين وغيرهم ورجحه الرافعي ، والذي صححه النووي جواز الضرب وإن لم يتكرر النشوز لظاهر الآية . وإنما يجوز الضرب إذا أفاد ضربها في ظنه ، وإلا فلا يضربها كما صرح به الإمام وغيره . وخرج بقوله : « غير مبرح » المبرح فإنه لا يجوز مطلقًا ، ولا يجوز على الوجه والمهالك . والأولى له العفو عن الضرب . وخبر النهي عن ضرب النساء محمول على ذلك ، أو على الضرب بغير سبب يقتضيه ، وهذا بخلاف ولي الصبي فالأولى له عدم العفو ؛ لأن ضربه للتأديب مصلحة له وضرب الزوج زوجته مصلحة لنفسه » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٣٥٨/٩) : « للزوج تأديب زوجته في منعها حقه » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٣٧٦/٨ ، ٣٧٧) : « (إذا ظهر منها أمارات النشوز ، بأن لا تجيبه إلى الاستمتاع ، أو تجيبه متبرمة متكرهة : وعظها) . بلا نزاع في ذلك . قوله (فإن أصرت : هجرها في المضجع ما شاء) . هذا المذهب . جزم به في الوجيز ، والمغني ، والشرح . وقدمه في الفروع ، وغيره وجزم في التبصرة ، والغنية ، والمحرر : بأنه لا يهجرها في المضجع إلا ثلاثة أيام . قوله (وفي الكلام : فيما دون ثلاثة أيام) . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقال في الواضح : يهجرها في الفراش فإن أضاف إليه الهجر في الكلام ودخوله وخروجه عليها : جاز .

تنبيه : مفهوم قوله (فإن أصرت : فله أن يضربها ضربا غير مبرح) أنه لا يملك ضربها إلا بعد هجرها في الفراش ، وتركها من الكلام . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وعنه : له ضربها أو لا . يعني : من حين نشوزها . قال الزركشي : تقدير الآية الكريمة عند أبي محمد على الأول ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ﴾ فإن نشزن ﴿ وَٱهْجُرُوهُنَّ ﴾ فإن أصررن ﴿ وَٱضْرِبُوهُنَّ ﴾ وفيه تعسف . قال : ومقتضى كلام أبي البركات وأبي الخطاب : أن الوعظ والهجران والضرب على ظهور أمارات النشوز على جهة الترتيب . قال المجد : إذا بانت أماراته زجرها بالقول ، ثم هجرها في المضجع والكلام دون ثلاث ، ثم يضرب غير مبرح . قال الزركشي : وهو ظاهر الآية . والواو وقعت للترتيب .

فائدتان : إحداهما : قوله (فله أن يضربها ضربا غير مبرح) . قال الأصحاب : عشرة فأقل . قال في =

١١٧٧ - فقد علمت مما تقدم أن ولاية الزوج على الزوجة تأديبية فقط فله أن يؤدبها تأديبًا خفيفًا على كل معصية صدرت منها لم يرد في شأنها حد مقدر كترك الزينة إذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية ، وكعدم إجابته إذا كانت طاهرة عن الحيض والنفاس ، وككشف وجهها لغير محرم مع خوف الفتنة ، أو تمزيق ثيابه ، أو تكليم أجنبي إذا خيف من ذلك الفتنة ، أو أن تتكلم عمدًا مع الزوج أو تشاغبه حتى يسمع صوتها الأجنبي أو تعطي من بيته شيئًا من الطعام بلا إذنه حيث كانت العادة لم تجر به ، أو تضرب ولده الذي لا يعقل عند بكائه ؛ لأن ضرب الدابة إذا كان ممنوعًا فهذا أولى وبالجملة فالمسائل التي من هذا القبيل كثيرة ، والضابط ما عرفته فقس ما لم يقل على ما قيل وإنما لم يقدر في التأديب شيء لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه [1] .

= الانتصار : وضربها حسنة . قال الإمام أحمد رحمه الله : لا ينبغي سؤاله لم ضربها ، . [ولا يتركه عن الصبي لإصلاحه له في القول الأول . وقياسهما : العبد ، والدابة ، والرعية ، والمتعلم ، فيما يظهر] . قال في الترغيب ، وغيره : الأولى : ترك السؤال إبقاء للمودة [والأولى] : أن يتركه عن الصبي لإصلاحه . انتهى . فالضمير في « تركه » عائد إلى الضرب في كلامه السابق . ويدل عليه قوله بعده فيه » والأولى أن يتركه عن الصبي » . وقد جعله بعضهم عائدا إلى السؤال عن سبب الضرب . وهو بعيد . والموقع له في ذلك ذكر الفروع فيه لكلام الترغيب وغيره ، عقب قول الإمام أحمد رحمه الله « ولا ينبغي سؤاله [لم ضربها ،] . الثاني : لا يملك الزوج تعزيرها في حق الله تعالى . قدمه في الفروع .

نقل مهنا : هل يضربها على ترك زكاة ، قال : لا أدري . قال في الفروع : وفيه ضعف . لأنه نقل عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه يضربها على فرائض الله . قاله في الانتصار . وذكر غيره : أنه يملكه . قلت : قطع في المغني ، والشرح ، وغيرهما : بجواز تأديبها على ترك الفرائض فقالا : له تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل إسماعيل بن سعيد الإمام أحمد رحمه الله عما يجوز ضرب المرأة عليه ، فقال : على فرائض الله وقال في الرجل : له امرأة لا تصلي يضربها ضربا رفيقا غير مبرح . وقال الإمام أحمد رحمه الله : أخشى أنه لا يحل للرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلي ، ولا تغتسل من الجنابة ، ولا تتعلم القرآن » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١٤٠) إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين ، وتعذر الإصلاح يعين القاضي حكمين من أهليهما إن أمكن ، وإلا فممن يتوسم فيه القدرة على الإصلاح ويحدد لهما مدة التحكيم .

(مادة ٢١٠)

إِذَا وَقَعَ الشِّقَاقُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَاشْتَدَّ الخِصَامُ ، وَرُفِعَ الأَمْرُ إِلَى الحَاكِمِ ، فَلَهُ أَنْ يُعَيِّنَ عَدْلَيْنِ وَيَجْعَلَهُمَا حَكَمَيْنِ . وَالأَوْلَى أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مِنْ أَهْلِهِ ، وَالآخَرُ مِنْ أَهْلِهَا ، لِيَسْتَمِعَا شَكْوَاهُمَا ، وَيَنْظُرَا بَيْنَهُمَا ، وَيَسْعَيَا فِي إِصْلَاحِ أَمْرِهِمَا . وَإِنْ لَمْ يَتَيَسَّرْ لَهُمَا الإِصْلَاحُ ، فَلَيْسَ لَهُمَا التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا بِالخُلْعِ ، إِلا أَنْ يَكُونَا وَكِيلَيْنِ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجَيْنِ بِذَلِكَ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في أحكام القرآن للجصاص (٢/٢٦٩ ، ٢٧٠) : « قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ . وقد اختلف في المخاطبين بهذه الآية من هم ، فروي عن سعيد بن جبير والضحاك : « أنه السلطان الذي يترافعان إليه » وقال السدي : « الرجل والمرأة » . قال أبو بكر : قوله : ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ﴾ هو خطاب للأزواج لما في نسق الآية من الدلالة عليه ، وهو قوله : ﴿ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ ﴾ ، وقوله : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا ﴾ الأولى أن يكون خطابًا للحاكم الناظر بين الخصمين والمانع من التعدي والظلم وذلك ؛ لأنه قد بين أمر الزوج وأمره بوعظها وتخويفها بالله ثم بهجرانها في المضجع إن لم تنزجر ثم بضربها إن أقامت على نشوزها ، ثم لم يجعل بعد الضرب للزوج إلا المحاكمة إلى من ينصف المظلوم منهما من الظالم ويتوجه حكمه عليهما . وروى شعبة عن عمرو بن مرة قال : سألت سعيد بن جبير عن الحكمين ، فغضب وقال : « ما ولدت ؛ إذ ذاك » ؛ فقلت : إنما أعني حكمي شقاق ، قال : « إذا كان بين الرجل وامرأته درء وتدارؤ بعثوا حكمين فأقبلا على الذي جاء التدارؤ من قبله فوعظاه ، فإن أطاعهما وإلا أقبلا على الآخر ، فإن سمع منهما وأقبل إلى الذي يريدان وإلا حكمًا بينهما ، فما حكما من شيء فهو جائز » . وروى عبد الوهاب قال : حدثنا أيوب عن سعيد بن جبير في المختلعة : « يعظها فإن انتهت وإلا هجرها وإلا ضربها ، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السلطان ، فيبعث حكمًا من أهلها وحكمًا من أهله ، فيقول الحكم الذي من أهلها يفعل كذا ويفعل كذا ، ويقول الحكم الذي من أهله تفعل به كذا وتفعل به كذا ، فأيهما كان أظلم رده إلى السلطان وأخذ فوق يده ، وإن كانت ناشزًا أمروه أن يخلع » . قال أبو بكر : وهذا نظير العنين والمجبوب والإيلاء في باب أن الحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما بما يوجبه حكم الله ، فإذا اختلفا وادعى النشوز وادعت هي عليه ظلمه وتقصيره في حقوقها ، حينئذ بعث الحاكم حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها ليتوليا النظر فيما بينهما ويردا إلى الحاكم ما يقفان عليه من أمرهما . وإنما أمر الله تعالى بأن يكون أحد الحكمين من أهلها والآخر من أهله لئلا تسبق الظنة إذا كانا أجنبيين بالميل إلى أحدهما ، فإذا كان أحدهما من قبله والآخر من قبلها زالت الظنة وتكلم كل واحد منهما عمن هو من قبله .

ويدل أيضا قوله : ﴿ فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ على أن الذي من أهله وكيل له ، والذي من أهلها وكيل لها ، كأنه قال : فابعثوا رجلًا من قبله ورجلًا من قبلها ؛ فهذا يدل على بطلان قول من يقول : =

= إن للحكمين أن يجمعا إن شاءا وإن شاءا فرقا بغير أمرهما . وزعم إسماعيل بن إسحاق أنه حكي عن أبي حنيفة وأصحابه أنهم لم يعرفوا أمر الحكمين .

قال أبو بكر : هذا تكذب عليهم ، وما أولى بالإنسان حفظ لسانه لا سيما فيما يحكيه عن العلماء ، قال الله تعالى : ﴿ مَّا يَلْفِظُ مِن قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴾ ومن علم أنه مؤاخذ بكلامه قل كلامه فيما لا يعنيه . وأمر الحكمين في الشقاق بين الزوجين منصوص عليه في الكتاب ، فكيف يجوز أن يخفى عليهم مع محلهم من العلم والدين والشريعة ولكن عندهم أن الحكمين ينبغي أن يكونا وكيلين لهما ، أحدهما وكيل المرأة والآخر وكيل الزوج ، وكذا روي عن علي بن أبي طالب . وروى ابن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة قال : أتى عليا رجل وامرأته مع كل واحد منهما فئام من الناس ، فقال علي : ما شأن هذين ، قالوا : بينهما شقاق ، قال : ﴿ فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ ، فقال علي : هل تدريان ما عليكما ، عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا . فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله ، فقال الرجل : أما الفرقة فلا ، فقال علي : كذبت والله لا تنفلت مني حتى تقر كما أقرت . فأخبر علي أن قول الحكمين إنما يكون برضا الزوجين ، فقال أصحابنا : ليس للحكمين أن يفرقا إلا أن يرضى الزوج ؛ وذلك لأنه لا خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إليها لم يفرق بينهما ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين .

وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز لم يجبرها الحاكم على خلع ولا على رد مهرها ؛ فإذا كان كذلك حكمهما قبل بعث الحكمين فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطلاق من جهتهما من غير رضى الزوج وتوكيله ولا إخراج المهر عن ملكها من غير رضاها ؛ فلذلك قال أصحابنا : إنهما لا يجوز خلعهما إلا برضى الزوجين ، فقال أصحابنا : ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضى الزوجين ؛ لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان ، وإنما الحكمان وكيلان لهما أحدهما وكيل المرأة والآخر وكيل الزوج في الخلع أو في التفريق بغير جعل إن كان الزوج قد جعل إليه ذلك .

قال إسماعيل : « الوكيل ليس بحكم ولا يكون حكما إلا ويجوز أمره عليه وإن أبى » . وهذا غلط منه ؛ لأن ما ذكر لا ينفي معنى الوكالة ؛ لأنه لا يكون وكيلا أيضا إلا ويجوز أمره عليه فيما وكل به . فجواز أمر الحكمين عليهما لا يخرجهما عن حد الوكالة ، وقد يحكم الرجلان حكمًا في خصومة بينهما ويكون بمنزلة الوكيل لهما فيما يتصرف به عليهما ، فإذا حكم بشيء لزمهما ، بمنزلة اصطلاحهما على أن الحكمين في شقاق الزوجين ليس يغادر أمرهما من معنى الوكالة شيئا ؛ وتحكيم الحكم في الخصومة بين رجلين يشبه حكم الحاكم من وجه ويشبه الوكالة من الوجه الذي بينا . والحكمان في الشقاق إنما يتصرفان بوكالة محضة كسائر الوكالات . قال إسماعيل : « والوكيل لا يسمى حكمًا » . وليس ذلك كما ظن ؛ لأنه إنما سمي ههنا الوكيل حكما تأكيدا للوكالة التي فوضت إليه . وأما قوله : « إن الحكمين يجوز أمرهما على الزوجين وإن أبيا » فليس كذلك ، ولا يجوز أمرهما عليهما إذا أبيا ؛ لأنهما وكيلان ، وإنما يحتاج الحاكم أن يأمرهما بالنظر في أمرهما ويعرف أمور المانع من الحق منهما حتى ينقلا إلى الحاكم ما عرفاه من أمرهما ، فيكون قولهما مقبولًا في ذلك إذا اجتمعا ، وينهى الظالم منهما عن ظلمه ؛ فجائز أن يكونا سميا حكمين لقبول قولهما عليهما ، وجائز أن =

= يكونا سميا بذلك ؛ لأنهما إذا خلعا بتوكيل منهما وكان ذلك موكولًا إلى رأيهما وتحريهما للصلاح سميا حكمين ؛ لأن اسم الحكم يفيد تحري الصلاح فيما جعل إليه وإنفاذ القضاء بالحق والعدل ، فلما كان ذلك موكولًا إلى رأيهما وأنفذا على الزوجين حكمًا من جمع أو تفريق مضى ما أنفذاه فسميا حكمين من هذا الوجه .

فلما أشبه فعلهما فعل الحاكم في القضاء عليهما بما وكلا به على جهة تحري الخير والصلاح وسميا حكمين ، ويكونان مع ذلك وكيلين لهما ؛ إذ غير جائز أن تكون لأحد ولاية على الزوجين من خلع أو طلاق إلا بأمرهما . وزعم أن عليا إنما ظهر منه النكير على الزوج ؛ لأنه لم يرض بكتاب الله ، قال : « ولم يأخذه بالتوكيل وإنما أخذه بعدم الرضا بكتاب الله » ؛ وليس هذا على ما ذكر ؛ لأن الرجل لما قال : « أما الفرقة فلا » قال علي : « كذبت أما والله لا تنفلت مني حتى تقر كما أقرت » فإنما أنكر على الزوج ترك التوكيل بالفرقة وأمره بأن يوكل بالفرقة ، وما قال الرجل لا أرضى بكتاب الله حتى ينكر عليه ، وإنما قال : لا أرضى بالفرقة بعد رضى المرأة بالتحكيم ؛ وفي هذا دليل على أن الفرقة عليه غير نافذة إلا بعد توكيله بها . قال : « ولما قال : ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴾ علمنا أن الحكمين يمضيان أمرهما وأنهما إن قصدا الحق وفقهما الله للصواب من الحكم . قال : وهذا لا يقال للوكيلين ؛ لأنه لا يجوز لواحد منهما أن يتعدى ما أمر به » . والذي ذكره لا ينفي معنى الوكالة ؛ لأن الوكيلين إذا كانا موكلين بما رأيا من جمع أو تفريق على جهة تحري الصلاح والخير فعليهما الاجتهاد فيما يمضيانه من ذلك ، وأخبر الله أنه يوفقهما للصلاح إن صلحت نياتهما ، فلا فرق بين الوكيل والحكم ؛ إذ كل من فوض إليه أمر يمضيه على جهة تحري الخير والصلاح ، فهذه الصفة التي وصفه الله بها لاحقة به .

قال : وقد روي عن ابن عباس ومجاهد وأبي سلمة وطاووس وإبراهيم قالوا : « ما قضى به الحكمان من شيء فهو جائز » ، وهذا عندنا كذلك أيضا . ولا دلالة فيه على موافقة قوله ؛ لأنهم لم يقولوا إن فعل الحكمين في التفريق والخلع جائز بغير رضى الزوجين ، بل جائز أن يكون مذهبهم أن الحكمين لا يملكان التفريق إلا برضى الزوجين بالتوكيل ولا يكونان حكمين إلا بذلك ، ثم ما حكما بعد ذلك من شيء فهو جائز ؛ وكيف يجوز للحكمين أن يخلعا بغير رضاه ويخرجا المال عن ملكها وقد قال الله تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾ ، وهذا الخوف المذكور ههنا هو المعني بقوله تعالى : ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾ وحظر الله على الزوج أخذ شيء مما أعطاها إلا على شريطة الخوف منهما ألا يقيما حدود الله ، فأباح حينئذ أن تفتدي بما شاءت وأحل للزوج أخذه فكيف يجوز للحكمين أن يوقعا خلعًا أو طلاقًا من غير رضاهما ، وقد نص الله على أنه لا يحل له أخذ شيء مما أعطى إلا بطيبة من نفسها ولا أن تفتدي به فالقائل بأن للحكمين أن يخلعا بغير توكيل من الزوج مخالف لنص الكتاب . وقال الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ فمنع كل أحد أن يأكل مال غيره إلا برضاه . وقال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ وَتُدۡلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلۡحُكَّامِ ﴾ ، فأخبر تعالى أن الحاكم وغيره سواء =

= في أنه لا يملك أخذ مال أحد ودفعه إلى غيره .

وقال النبي ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه » ، وقال ﷺ : « فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فإنما أقطع له قطعة من النار » ، فثبت بذلك أن الحاكم لا يملك أخذ مالها ودفعه إلى زوجها ، ولا يملك إيقاع طلاق على الزوج بغير توكيله ولا رضاه ؛ وهذا حكم الكتاب والسنة وإجماع الأمة في أنه لا يجوز للحاكم في غير ذلك من الحقوق إسقاطه ونقله عنه إلى غيره من غير رضا من هو له ، فالحكمان إنما يبعثان للصلح بينهما وليشهدا على الظالم منهما كما روى سعيد عن قتادة في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا ﴾ الآية ، قال : « إنما يبعث الحكمان ليصلحا ، فإن أعياهما أن يصلحا شهدا على الظالم بظلمه ، وليس بأيديهما الفرقة ولا يملكان ذلك » وكذلك روي عن عطاء .

قال أبو بكر : وفي فحوى الآية ما يدل على أنه ليس للحكمين أن يفرقا ، وهو قوله تعالى : ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ ولم يقل : إن يريدا فرقة ، وإنما يوجه الحكمان ليعظا الظالم منهما وينكرا عليه ظلمه وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ هو على يده ، فإن كان الزوج هو الظالم أنكرا عليه ظلمه وقالا له : لا يحل لك أن تؤذيها لتخلع منك ، وإن كانت هي الظالمة قالا لها : قد حلت لك الفدية ، وكان في أخذها معذورًا لما يظهر للحكمين من نشوزها ، فإذا جعل كل واحد منهما إلى الحكم الذي من قبله ما له من التفريق والخلع ؛ كانا مع ما ذكرنا من أمرهما وكيلين جائز لهما أن يخلعا إن رأيا وأن يجمعا إن رأيا ذلك صلاحًا ، فهما في حال شاهدان ، وفي حال مصلحان وفي حال آمران بمعروف وناهيان عن منكر ووكيلان في حال إذا فوض إليهما الجمع والتفريق . وأما قول من قال : إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل من الزوجين ، فهو تعسف خارج عن حكم الكتاب والسنة » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٥/١٢٤ ، ١٢٥) : « قال الله تبارك وتعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا ﴾ الآية قال الله أعلم بمعنى ما أراد من خوف الشقاق الذي إذا بلغاه أمره أن يبعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها والذي يشبه ظاهر الآية فما عم الزوجين معا حتى يشتبه فيه حالهما الآية ، وذلك أني وجدت الله ﷻ أذن في نشوز الزوج أن يصطلحا ، وسن رسول الله ﷺ ذلك وأذن في نشوز المرأة بالضرب وأذن في خوفهما أن لا يقيما حدود الله بالخلع ودلت السنة أن ذلك برضا من المرأة وحظر أن يأخذ الرجل مما أعطى شيئًا إذا أراد استبدال زوج مكان زوج ، فلما أمر فيمن خفنا الشقاق بينه بالحكمين دل ذلك على أن حكمهما غير حكم الأزواج غيرهما وكان يعرفهما بإبانة الأزواج أن يشتبه حالهما في الشقاق فلا يفعل الرجل الصفح ولا الفرقة ولا المرأة تأدية الحق ولا الفدية أو تكون الفدية لا تجوز من قبل مجاوزة الرجل ماله من أدب المرأة وتباين حالهما في الشقاق والتباين هو ما يصيران فيه من القول والفعل إلى ما لا يحل لهما ولا يحسن ويمتنعان كل واحد منهما من الرجعة ويتماديان فيما ليس لهما ولا يعطيان حقا ولا يتطوعان ولا واحد منهما بأمر يصيران به في معنى الأزواج غيرهما فإذا كان هذا بعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها ولا يبعث الحكمان إلا مأمونين وبرضا الزوجين ويوكلهما الزوجان بأن يجمعا أو يفرقا إذا رأيا ذلك ، أخبرنا الربيع قال أخبرنا الشافعي رحمه الله قال أخبرنا الثقفي عن أيوب عن محمد بن سيرين عن عبيدة عن علي في هذه الآية ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ ثم قال للحكمين : هل تدريان ما عليكما ؟ عليكما =

= إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا قالت المرأة : رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي ، وقال الرجل : أما الفرقة فلا فقال علي ﷺ كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به . قال : فقول علي ﷺ يدل على ما وصفت من أن ليس للحاكم أن يبعث حكمين دون رضا المرأة والرجل بحكمهما ، وعلى أن الحكمين إنما هما وكيلان للرجل والمرأة بالنظر بينهما في الجمع والفرقة ، فإن قال قائل ما دل على ذلك ، قلنا لو كان الحكم إلى علي ﷺ دون الرجل والمرأة بعث هو حكمين ولم يقل ابعثوا حكمين فإن قال قائل فقد يحتمل أن يقول ابعثوا حكمين فيجوز حكمهما بتسمية الله إياهما حكمين ، كما يجوز حكم الحاكم الذي يصيره الإمام فمن سماه الله تبارك وتعالى حاكما أكثر معنى أو يكونا كالشاهدين إذا رفعا شيئًا إلى الإمام أنفذه عليهما أو يقول ابعثوا حكمين أي دلوني منكم على حكمين صالحين كما تدلوني على تعديل الشهود ، قلنا : الظاهر ما وصفنا والذي يمنعنا من أن نحيله عنه مع ظهوره أن قول علي ﷺ للزوج كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به يدل على أنه ليس للحكمين أن يحكما إلا بأن يفوض الزوجان ذلك إليهما ، وذلك أن المرأة فوضت وامتنع الزوج من تفويض الطلاق فقال علي ﷺ : كذبت حتى تقر بمثل الذي أقرت به يذهب إلى أنه إن لم يقر لم يلزمه الطلاق وإن رأياه ولو كان يلزمه طلاق بأمر الحاكم أو تفويض المرأة لقال له لا أبالي أقررت أم سكت وأمر الحكمين أن يحكما بما رأيا .

أخبرنا مسلم بن خالد عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة أنه سمعه يقول : تزوج عقيل بن أبي طالب فاطمة بنت عتبة بن ربيعة ، فقالت أصبر لي وأنفق عليك فكان إذا دخل عليها قالت أين عتبة بن ربيعة أين شيبة ابن ربيعة ، فيسكت حتى دخل عليها يوما وهو برم ، فقالت : أين عتبة بن ربيعة أين شيبة بن ربيعة ، فقال : على يسارك في النار إذا دخلت فشدت عليها ثيابها فجاءت عثمان فذكرت له ذلك كله فأرسل ابن عباس ومعاوية ، فقال ابن عباس لأفرقن بينهما وقال معاوية ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف قال : فأتياهما فوجداهما قد شدا عليهما أثوابهما وأصلحا أمرهما . وهذا يشبه ما روي عن علي ﷺ ألا ترى أن الحكمين ذهبا وابن عباس يقول : أفرق بينهما ومعاوية يقول : لا أفرق بينهما فلما وجداهما قد اصطلحا رجعا وذلك أن اصطلاحهما يدل على أنهما لو جاءهما فسخا وكالتهما فرجعا ولم تعد المرأة ولا الرجل إلى الشقاق علمناه (قال الشافعي) رحمة الله عليه ولو عاد الشقاق عادا للحكمين ولم تكن الأولى أولى من الثانية فإن شأنهما بعد مرة ومرتين وأكثر واحد في الحكمين .

وإذا كان الخبر يدل على أن معنى الآية : أن يجوز على الزوجين وكالة الحكمين في الفرقة والاجتماع بالتفويض إليهما دل ذلك على جواز الوكالات ، وكانت هذه الآية للوكالات أصلا والله أعلم . ودل ذلك على أن للإمام أن يولي الحكم دونه من ليس يليه إلا بتوليته إياه وأن يولوا الحكم في بعض الأمور دون بعض لأن هذا حكم خاص (قال) ولو فوضنا مع الخلع والفرقة إلى الحكمين الأخذ لكل واحد منهما من صاحبه كان على الحكمين الاجتهاد إن رأيا الجمع في الأخذ لأحدهما من صاحبه فيما يريانه صلاحا لهما إذا كان الأغلب عندهما بعد معرفة أخلاقهما ومذاهبهما أن ذلك أصلح لأمرهما والأخذ من مال أحدهما لصاحبه وكان تفويض ذلك إليهما مثل الفرقة أو أولى من الفرقة بينهما فإذا جازت توليتهما لهما الفرقة جاز الأخذ بتوليتهما وعلى السلطان إن لم يرضيا بحكمين عندي أن لا يجيزهما على حكمين وأن يحكم عليهما فيأخذ =

= لكل واحد منهما من صاحبه من نفقة وقسم ويجبر المرأة على ما عليها وكل واحد منهما على ما يلزمه وله أن يعاقب أيهما رأى إن امتنع بقدر ما يستوجب ولو قال قائل يجبرهما السلطان على الحكمين كان مذهبا » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٩/٤ ، ١٠) : « وعليهما الإصلاح فإن تعذر فإن أساء الزوج طلقا بلا خلع وبالعكس ائتمناه عليها أو خالعا له بنظرهما وإن أساءا فهل يتعين الطلاق بلا خلع أو لهما أن يخالعا بالنظر وعليه الأكثر ، تأويلان يعني أن الحكمين عليهما أن يصلحا بين الزوجين بكل وجه أمكنهما للألفة وحسن المعاشرة وعند ابن فرحون أن على كل واحد منهما أن يخلو بقريبه ويسأله عما كره من صاحبه ويقول له : إن كان لك حاجة في صاحبك رددناه إلى ما تختار معه فإن تعذر عليهما ذلك نظرًا فإن كانت الإساءة من الزوج طلقا عليه بلا شيء يأخذانه منها له من صداق ولا غيره وإن كانت الإساءة منها ائتمناه عليها بمعنى أنهما يجعلانه أمينا عليها بالعدل وحسن العشرة وإن رأيا أن يأخذا له منها شيئًا ويوقعا الفراق بينهما فعلا إن كان ذلك نظرًا وسدادًا ، ولو كان ما أخذاه منها له أكثر من صداقها وإن كانت الإساءة منهما معا فهل يتعين عند العجز عن الإصلاح الطلاق بلا عوض منها أو لهما أن يخالعا بالنظر على شيء يسير منها له وعلى هذا أكثر الأشياخ تأويلان ، وقوله : طلقا بلا خلع أي إن لم ترض بالمقام معه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٤٣/٧ ، ٢٤٤) : « (والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة ، وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان بعث الحاكم حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها ، مأمونين ، برضى الزوجين ، وتوكيلهما ، بأن يجمعا إذا رأيا أو يفرقا ، فما فعلا من ذلك لزمهما) وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق ، نظر الحاكم ، فإن بان له أنه من المرأة ، فهو نشوز ، قد مضى حكمه ، وإن بان أنه من الرجل ، أسكنهما إلى جانب ثقة ، يمنعه من الإضرار بها ، والتعدي عليها .

وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد ، أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه ، أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف ، فإن لم يتهيأ ذلك ، وتمادى الشر بينهما ، وخيف الشقاق عليهما والعصيان ، بعث الحاكم حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها ، فنظرا بينهما ، وفعلا ما يريان المصلحة فيه ، من جمع أو تفريق ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَـٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ . واختلفت الرواية عن أحمد ، في الحكمين ، ففي إحدى الروايتين عنه ، أنهما وكيلان لهما ، لا يملكان التفريق إلا بإذنهما . وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي وحكي ذلك عن الحسن وأبي حنيفة لأن البضع حقه ، والمال حقها ، وهما رشيدان ، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما ، أو ولاية عليهما . والثانية ، أنهما حاكمان ، ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق ، بعوض وغير عوض ، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما . وروي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن ، والشعبي والنخعي وسعيد ابن جبير ومالك والأوزاعي وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى ﴿ فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ . فسماهما حكمين ، ولم يعتبر رضى الزوجين ، ثم قال : ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصْلَـٰحًا ﴾ فخاطب الحكمين بذلك .

وروى أبو بكر ، بإسناده عن عبيدة السلماني ، أن رجلا وامرأة أتيا عليا مع كل واحد منهما فئام من الناس ، فقال علي ﷺ ابعثوا حكما من أهله ، وحكما من أهلها ، فبعثوا حكمين ، ثم قال علي للحكمين : هل تدريان =

١١٧٨ - فإن قام كل من الزوجين بالواجب عليه شرعًا فذاك هو المطلوب ولا شك أن في هذه الحالة تحصل الألفة والمحبة بين الزوجين ويعيشان آمنين مطمئنين ، وأما إن قصر كل منهما أو أحدهما في الواجب عليه شرعًا فلا شك في حصول النزاع واشتداد الخصام بينهما ، فإن حصل ذلك ورفع الأمر إلى القاضي أصلح بينهما بقدر الإمكان ، ولكن ربما تكون كثرة أشغاله لا تمكنه من الإصلاح بين كل زوجين يرفعان إليه أمرهما ، فله أن يعين عدلين ويجعلهما حكمين بينهما والأحسن أن يكون أحدهما من أقارب الزوج والآخر من أقارب الزوجة ليبث كل من الزوجين ما يتضرر منه فيسمع الحكمان شكواهما وينظران فيها وبعد ذلك يسعيان جهدهما في الإصلاح ، فإن أمكن فبها ، وإن لم يتيسر لهما ذلك فلا يثبت لهما التفريق بينهما بالخلع إلا إذا كانا وكيلين من قبل الزوجين بذلك ، والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ (١) .

= ما عليكما من الحق ، إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما . فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله علي ولي . فقال الرجل : أما الفرقة فلا . فقال علي كذبت حتى ترضى بما رضيت به . وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك ، ويروى أن عقيلًا تزوج فاطمة بنت عتبة ، فتخاصما ، فجمعت ثيابها ، ومضت إلى عثمان فبعث حكمًا من أهله عبد الله بن عباس ، وحكمًا من أهلها معاوية ، فقال ابن عباس : لأفرقن بينهما . وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف .

فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا . ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق ، كما يقضي الدين عنه من ماله إذا امتنع ، ويطلق الحاكم على المولي إذا امتنع . إذا ثبت هذا ، فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين ؛ لأن هذه من شروط العدالة سواء قلنا : هما حاكمان أو وكيلان ؛ لأن الوكيل إذا كان متعلقا بنظر الحاكم ، لم يجز أن يكون إلا عدلًا ، كما لو نصب وكيلًا لصبي أو مفلس ، يكونان ذكرين ؛ لأنه مفتقر إلى الرأي والنظر . قال القاضي : يشترط كونهما حرين . وهو مذهب الشافعي لأن العبد عنده لا تقبل شهادته ، فتكون الحرية من شروط العدالة . والأولى أن يقال : إن كانا وكيلين ، لم تعتبر الحرية ؛ لأن توكيل العبد جائز ، وإن كانا حكمين ، اعتبرت الحرية ؛ لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبدا . ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق ؛ لأنهما يتصرفان في ذلك ، فيعتبر علمهما به . والأولى أن يكونا من أهلهما ؛ لأمر الله تعالى بذلك ، ولأنهما أشفق وأعلم بالحال ، فإن كانا من غير أهلهما جاز ؛ لأن القرابة ليست شرطًا في الحكم ولا الوكالة ، فكان الأمر بذلك إرشادًا واستحبابًا ، فإن قلنا : هما وكيلان فلا يفعلان شيئًا حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أوصلح ، وتأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على ما يراه ، فإن امتنعا من التوكيل ، لم يجبرا . وإن قلنا : إنهما حكمان . فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع ، فينفذ ذلك عليهما ، رضياه أو أبياه » .

(١) النساء : ٣٥ .

(مادة ٢١١)

إِذَا اشْتَكَتِ الْمَرْأَةُ نُشُوزَ زَوْجِهَا وَضَرْبَهُ إِيَّاهَا ضَرْبًا فَاحِشًا وَلَوْ بِحَقٍّ، وَثَبَتَ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِالْبَيِّنَةِ ، يُعَزَّرُ (١) .

* * *

١١٧٩ - وقد علمت مما تقدم أن الزوج له تأديب زوجته تأديبًا خفيفًا على كل معصية صدرت منها لم يرد في شأنها حد مقدر ، فإن لم يتعد حدوده فلا سبيل لأحد عليه ، وأما إن تعدى حده - بأن ضربها بغير حق ولو كان الضرب خفيفا أو ضربها بحق ولكن تعدى حده في الضرب ورفعت المرأة أمرها إلى القاضي وحقق ذلك فثبت لديه ما قالته عزره القاضي أي عاقبه بما يعلم أنه ينزجر به عن ارتكاب مثل ما فعل (٢) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في غرر الأحكام (٧٧/٢) : « ادعت على زوجها ضربًا فاحشًا ، وثبت ذلك عليه ، يعزر » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٢٦/٤) : « ولا يأتي بضرب مبرح ، ولا على الوجه والمهالك ، وعبر في الأنوار بالوجوب في ذلك ، وهو ظاهر ، وعليه يحمل تعبير الشيخين بـ : ينبغي وهو ضرب التعزير » .

قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي (٣٤٣/٢) : « الضرب المبرح هو الشاق ، وإن ضربها فادعت العداء وادعى الأدب فإنها تصدق وحينئذ فيعزره الحاكم على ذلك العداء ما لم يكن الزوج معروفًا بالصلاح وإلا قبل قوله » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٦٦) : على الزوجة بعد قبض معجلها أن تسكن مع زوجها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٩) - حقوق الزوج على زوجته هي :

أ - العناية به وطاعته بالمعروف .

ب - المحافظة على نفسها وماله .

ج - الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه .

د - رعاية أولاده منها وإرضاعهم إلا إذا كان هناك مانع شرعي .

الباب الرابع
فيما للزوجة وما عليها من الحقوق

الفصل الأول
فيما على الزوجة من الحقوق لزوجها

(مادة ٢١٢)

مِنَ الْحُقُوقِ عَلَى الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا : أَنْ تَكُونَ مُطِيعَةً لَهُ فِيمَا يَأْمُرُهَا بِهِ مِنْ حُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ وَيَكُونُ مُبَاحًا شَرْعًا ، وَأَنْ تَتَقَيَّدُ بِمُلَازَمَةِ بَيْتِهِ بَعْدَ إِيفَائِهَا مُعَجَّلَ صَدَاقِهَا ، وَلَا تَخْرُجُ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَأَنْ تَكُونَ مُبَادِرَةً إِلَى فِرَاشِهِ إِذَا الْتَمَسَهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَلَمْ تَكُنْ ذَاتَ عُذْرٍ شَرْعِيٍّ ، وَأَنْ تَصُونَ نَفْسَهَا ، وَتُحَافِظَ عَلَى مَالِهِ وَلَا تُعْطِي مِنْهُ شَيْئًا لِأَحَدٍ مِمَّا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِإِعْطَائِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ (١) .

١١٨٠ - إذا أمر الزوج زوجته بشيء فإما أن يكون هذا الشيء من حقوق الزوجية أو لا فإن كان الأول لزمها طاعته إذا كان مباحًا شرعًا فتتقيد بملازمة بيتها بعد إيفائها معجل صداقها ولا تخرج منه إلا بإذنه ، فإن لم يأذن لها بالخروج فلا يباح لها إلا في المسائل التي تقدمت لك في شرح مادة (٢٠٦) وتبادر إلى فراشه إذا طلبها ولم تكن ذات عذر شرعي ، فإن كانت حائضا أو نفساء فلا يلزمها ذلك بل يحرم عليها إجابته ، وتصون نفسها عن كل ما يشينها ويلحق ضررًا بالزوج سواء كان في نسبه أو في شرفه ، وتحافظ على أمواله فلا تعطي منها لأحد شيئا مما لم تجر العادة بإعطائه إلا بإذنه .

١١٨١ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان المأمور به ليس من حقوق الزوجية كما إذا أمرها أن تبيع بيتها أو تؤجره لفلان مثلًا فلا يلزمها طاعته .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢/٣٣٤) : « وجوب طاعة الزوج على الزوجة إذا دعاها إلى الفراش لقوله تعالى ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ قيل : لها المهر والنفقة ، وعليها أن تطيعه في نفسها ، وتحفظ غيبته ؛ ولأن الله ﷻ أمر بتأديبهن بالهجر والضرب عند عدم طاعتهن ، ونهى عن طاعتهن بقوله ﷻ ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ ، فدل أن التأديب كان لترك الطاعة ، فيدل على لزوم طاعتهن الأزواج » .

الفصل الثاني
فيما للزوجة من الحقوق

(مادة ٢١٣)

لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفسَهَا مِنَ الْوِقَاعِ وَدَوَاعِيهِ ، وَمِنْ إِخْرَاجِهَا مِنْ بَيْتِهَا وَلَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا رَاضِيَةً ، إِلَى أَنْ يُوَفِّيَهَا زَوْجُهَا جَمِيعَ مَا بَيَّنَ تَعْجِيلَهُ مِنْ مَهْرِهَا إِنْ كَانَ بَعْضُهُ مُعَجَّلًا وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلًا . وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قَدْرَ الْمُعَجَّلِ مِنْهُ ، فَحَتَّى تَسْتَوْفِيَ قَدْرَ مَا يُعَجَّلُ لِمِثْلِهَا عَلَى حَسَبِ عُرْفِ أَهْلِ الْبَلَدِ . وَلَهَا مَنْعُهُ أَيْضًا إِنْ كَانَ الْمَهْرُ مُؤَجَّلًا كُلُّهُ ، إِلَّا إِذَا اشْتَرَطَ الزَّوْجُ الدُّخُولَ بِهَا قَبْلَ حُلُولِ الأَجَلِ ، وَرَضِيَتْ بِهِ (١) .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢/١٥٥ ، ١٥٦) : « (ولها منعه من الوطء والإخراج للمهر ، وإن وطئها) أي لها أن تمنع نفسها إذا أراد الزوج أن يسافر بها أو يطأها حتى تأخذ مهرها منه ولو سلمت نفسها ووطئها برضاها لتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع ، وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله حتى يوفيها مهرها ؛ لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق ، وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء ، والخلوة برضاها في هذا كالوطء ، سوى المصنف رحمه الله بينهما أعني قبل الدخول وبعده ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد ، إذا دخل بها برضاها أو خلا بها ليس لها أن تمنع نفسها ، ويترتب عليه استحقاق النفقة لهما أن المعقود عليه قد صار مسلمًا إليه بالوطأة أو بالخلوة ، ولهذا يتأكد جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع بخلاف ما إذا كانت مكرهة أو صغيرة أو مجنونة وله أنها منعت منه ما قابل البدل ؛ لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا تخلو عن العوض إبانة لخطره والتأكد بالوطأة الواحدة لجهالة ما وراءها ، فلا يصلح مزاحمًا للمعلوم ما لم يوجد فإذا وجد صار معلوما فتحققت المزاحمة وصار المهر مقابلًا بالكل كالمدبر إذا جنى جناية يدفع المولى قيمته لولي الجناية ، ثم إذا جنى أخرى يتبع ولي الجناية الثانية ولي الأولى لتحقق المزاحمة ، اعلم أن المهر المذكور هنا ما تعورف تعجيله حتى لا يكون لها أن تحبس نفسها فيما تعورف تأجيله إلى الميسرة أو الموت أو الطلاق ولو كان حالًا ؛ لأن المتعارف كالمشروط وذلك يختلف باختلاف البلدان والأزمان والأشخاص هذا إذا لم ينصا على التعجيل أو التأجيل وأما إذا نصا على تعجيل جميع المهر أو تأجيله فهو على ما شرطا حتى كان لها أن تحبس نفسها إلى أن تستوفي كله فيما إذا شرط تعجيل كله ، وليس لها أن تحبس نفسها فيما إذا كان كله مؤجلًا ؛ لأن التصريح أقوى من الدلالة فكان أولى ، وشدد أبو يوسف آخرًا فيما روى عنه المعلى فقال لها : أن تمنع نفسها إذا كان كله مؤجلًا استحسانًا ؛ لأن الاستمتاع في مقابلة تسليم المهر فإذا طلب تأجيل المهر فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع واختار بعضهم الفتوى بهذا القول لجريان العادة بتأخير الدخول عند تأخير جميع المهر ، وإذا أوفاها مهرها أو كان كله مؤجلا ينقلها حيث شاء ، لقوله تعالى ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم ﴾ ، وكذلك إذا دخل بها برضاها عندهما =

= لسقوط حق الحبس ، وعند أبي حنيفة ليس له ذلك لبقائه وكان أبو القاسم الصفار يفتي بقول أبي حنيفة في المنع من السفر ، وبقولهما في عدم المنع من الوطء ، وقيل : لا يخرجها إلى بلد غير بلدها إلا برضاها ؛ لأن الغربة تؤذي إذا لم يكن لها فيها عشيرة ، واختاره أبو الليث ، وقال صاحب ملتقى البحار : وأفتي أنا بأنه يتمكن من نقلها إذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان مأمونًا ولا يمكن منه إذا أوفاها المعجل دون المؤجل ؛ لأنها لا ترضى بالتأجيل إذا أخرجها إلى بلاد الغربة لعلمها أن الغربة تؤذي » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٠٣/٣) : « (فلكبيرة) عاقلة (سلمت نفسها) للزوج (مطالبة الزوج) نفسه أو وليه (بالمهر وإن كان) الزوج (صغيرًا) كما في النفقة . (ولها) أي للكبيرة (حبس نفسها حتى يسلم) الزوج (المهر) المعين أو الحال كالبائع سواء أخر تسليمه لعذر أم لا والحبس في الأمة لسيدها أو لوليه (لا المؤجل ولو حل) قبل تسليمها لوجوب تسليمها قبل الحلول ؛ لأنها رضيت بالتأجيل كما في البيع وما ذكر من الحبس محله في غير ما مر في أوائل الباب الحادي عشر (ولولي صغيرة ومجنونة ترك الحبس) لهما (للمصلحة) فعلم أن له حبسهما حتى يسلم الزوج المهر (وإن تنازعا) أي الزوجان في البداءة بالتسليم بأن قال : لا أسلم المهر حتى تسلمي نفسك وقالت : لا أسلمها حتى تسلمه ؛ أجبرا بما ذكره بقوله : (أمر بتسليمه إلى عدل ثم أمرت بالتمكين) فإذا مكنت سلم العدل المهر إليها وإن لم يأتها الزوج لما فيه من فصل الخصومة قال الإمام : فلو هم بالوطء بعد أن تسلمت المهر فامتنعت ، فالوجه استرداده واستشكل ابن الرفعة تسليمه إلى عدل ؛ لأنه إن كان نائبها فالمجبر الزوج وإلا فالزوجة وأجاب بأنه نائبها كما صرح به الجيلي . واقتضاه كلام الأصحاب فيما إذا أخذ الحاكم الدين من الممتنع فإن المأخوذ يملكه الغريم ، وتبرأ ذمة المأخوذ منه ومع كونه نائبها هو ممنوع من تسليمه إليها وهي ممنوعة من التصرف فيه قبل تمكينها بخلاف القول بإجبار الزوج فإنا إذا أجبرناه أطلقنا تصرفها في المأخوذ بمجرد التسليم وأجاب آخر بأنه نائبهما واستشهد له بمقتضى كلام الأصحاب المذكور وهو ظاهر وآخر بأنه نائبه ولا محذور في إجبارها لزوال العلة المقتضية لعدم إجبارها وآخر بأنه نائب الشرع لقطع الخصومة بينهما (وتجب) عليه (نفقتها بقولها إذا سلم) المهر (مكنت) ؛ لأنها حينئذٍ ممكنة » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٥٧/٣ ، ٢٥٨) : « الصداق يجب دفعه للزوجة إذا كان معينًا عرضًا كان أو حيوانًا ناطقًا أو صامتًا كانت الزوجة مطيقة للوطء أم لا كان الزوج بالغًا أم لا ؛ لأن ذلك مثل بيع الشيء المعين وهو لا يجوز تأخير تسليمه بعد بيعه لما يلحق ذلك من الغرر ؛ لأنه لا يدري كيف يقبض لإمكان هلاكه قبل قبضه . وإلا فلها منع نفسها وإن معيبة من الدخول والوطء بعده يعني أن الصداق إذا كان غير معين بأن كان مضمونًا في ذمة الزوج فإن للزوجة أن تمنع نفسها من زوجها أن يختلي بها إلى أن يدفع لها ما حل من صداقها ، وسواء كان حالا من أصله أو حل عليه بالنجوم وكذلك لها أن تمنع نفسها من تمكين الزوج بها بعد اختلائه بها وقبل أن يصيبها إلى أن يسلم لها ما حل ، وسواء كانت الزوجة صحيحة أو معيبة أي طرأ بها العيب بعد العقد كالرتق والجنون ونحوهما أو كان العيب قبل العقد ورضي به الزوج وإنما كان لها منع نفسها حتى تقبض صداقها ؛ لأنها بائعة والبائع له منع سلعته حتى يقبض الثمن .

والسفر أي ولها أيضا الامتناع من السفر معه إذا طلبها ولو بعد الوطء عند بعضهم موسرًا أو معسرًا ، وعند ابن =

= عبد السلام : لا منع لها منه بعد الوطء وعند ابن يونس إلا أن يكون موسرًا وعند غيره إذا أراد السفر بها إلى بلد لا تجري الأحكام فيه فلها المنع ، وغاية المنع من المذكورات (إلى تسليم ما حل) من المهر بالأصالة أو مؤجلًا فحل على المشهور .

لا بعد الوطء إلا أن يستحق يعني أن الزوجة ليس لها أن تمنع نفسها من زوجها بعد الوطء حتى تقبض منه ما حل لها من الصداق إلا أن يستحق الصداق من يدها فإن لها أن تمنع نفسها من أن تمكنه ، ولو بعد الوطء إلى أن يعطيها بدل ما استحق منها لعذرها ؛ لأنها تقول مكنت نفسي على أن يدوم إلى ما دفع فأنا أمنع نفسي منه ، وأشار بقوله (ولو لم يغرها) إلى أن للمرأة أن تمنع نفسها من الزوج إلى أن يسلم لها ما حل من الصداق ، ولو لم يغرها من نفسه (على الأظهر) وأولى إن غرها . ومن بادر أجبر له الآخر إن بلغ الزوج وأمكن وطؤها يعني أن أحد الزوجين إذا بادر مع المنازعة أو عدمها بدفع ما في جهته أجبر له الآخر بتسليم ما في جهته ، فإن دفع الزوج ما حل من الصداق وكانت الزوجة مطيقة للوطء والزوج بالغ فإن الزوجة تجبر له على أن تمكنه من نفسها ، كذلك لو بادرت الزوجة بالتمكين من نفسها وهي مطيقة للوطء وأبى الزوج أن يدخل عليها وهو بالغ فإنه يجبر أن يدفع لها ما حل من صداقها فقوله إن بلغ الزوج أي بلغ الحلم لا إن أطاق الوطء فقط على المشهور ، وقوله : وأمكن وطؤها أي بلا حد سن بل يختلف باختلاف الأشخاص ولا يشترط الاحتلام فيها كالرجل ؛ لأن من أطاقت الوطء يحصل بها للرجل كمال اللذة ولا يحصل كمال اللذة إلا إذا بلغ الحلم ، وهذا إذا كان الصداق غير معين وإلا فلا يشترط بلوغ ولا إطاقة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٠٠ ، ٢٠١) : « فإن منعت نفسها حتى تتسلم صداقها ، وكان حالًا ، فلها ذلك . قال ابن المنذر وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها ، حتى يعطيها مهرها . وإن قال الزوج : لا أسلم إليها الصداق حتى أتسلمها . أجبر الزوج على تسليم الصداق أولًا ، ثم تجبر هي على تسليم نفسها . ومذهب الشافعي في هذا على نحو مذهبه في البيع .

ولنا أن في إجبارها على تسليم نفسها أولًا خطر إتلاف البضع ، والامتناع من بذل الصداق ، ولا يمكن الرجوع في البضع ، بخلاف المبيع الذي يجبر على تسليمه قبل تسليمه ثمنه . فإذا تقرر هذا ، فلها النفقة ما امتنعت لذلك ، وإن كان معسرًا بالصداق ؛ لأن امتناعها بحق . وإن كان الصداق مؤجلًا ، فليس لها منع نفسها قبل قبضه ؛ لأن رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه ، كالثمن المؤجل في البيع . فإن حل المؤجل قبل تسليم نفسها ، لم يكن لها منع نفسها أيضًا ؛ لأن التسليم قد وجب عليها ، واستقر قبل قبضه ، فلم يكن لها أن تمتنع منه . وإن كان بعضه حالًّا وبعضه مؤجلًا ، فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل . وإن كان الكل حالًّا ، فلها منع نفسها على ما ذكرنا . فإن سلمت نفسها قبل قبضه ، ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه ، فقد توقف أحمد عن الجواب فيها . وذهب أبو عبد الله ابن بطة وأبو إسحاق بن شاقلا إلى أنها ليس لها ذلك . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ؛ لأن التسليم استقر به العوض برضى المسلم ، فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك ، كما لو سلم البائع المبيع . وذهب أبو عبد الله بن حامد ، إلى أن لها ذلك . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه تسليم يوجبه عليها عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها ، كالأول . فأما إن وطئها مكرهة ، لم يسقط به حقها من الامتناع ؛ لأنه حصل بغير رضاها ، =

١١٨٢ - محل وجوب طاعة الزوجة لزوجها إذا قام بالواجب عليه فإن لم يقم به فلا يلزمها طاعته ، فإذا لم يعطها معجل صداقها فلها الحق في أن تمنع نفسها من الوقاع ودواعيه سواء كان قبل الدخول أو بعده وسواء كانت مكرهة على الدخول أو راضية به وهذا مذهب الإمام .

١١٨٣ - وقال الصاحبان : إن دخل بها راضية قبل أن تأخذ معجل صداقها فلا يكون لها حق في منعه من ذلك ، وكل من التعجيل والتأجيل يختلف بحسب الشروط والعرف فمتى كان هناك شرط في العقد اتبع سواء كان تعجيل الكل أو بعضه أو تأجيل الكل ، فإن اشترطوا تعجيل الكل ثبت لها المنع حتى تقبضه ومثله اشتراط تعجيل البعض فلها المنع إلى أن تقبض ما اشترط تعجيله فإن كان كل المهر مؤجلًا فلها الحق في المنع أيضا حتى يحل الأجل وتقبضه إلا إذا كان هناك شرط بخلاف ذلك بأن اشترط عليها الزوج الدخول بها قبل حلول الأجل ، فليس لها المنع وإن لم يكن هناك شرط بالنسبة للتأجيل والتعجيل بل سكتوا عن ذلك كان لها الحق في المنع حتى تقبض ما يعجل لمثلها من المهر على حسب العرف .

(مادة ٢١٤)

إِذَا لَمْ يُوَفِّ الزَّوْجُ الْمَرْأَةَ مَا تُعُورِفَ تَعْجِيلُهُ مِنْ مَهْرِهَا ، جَازَ لَهَا الْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهِ بِلَا إِذْنِهِ ، وَلَا تَكُونُ بِذَلِكَ نَاشِزَةً ، وَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا .

* * *

١١٨٤ - فإن أعطاها ما يعجل لمثلها عرفًا لزمها طاعته ، وإن لم يوف بذلك فلا تلزمها وحينئذ يجوز لها الخروج من بيته بلا إذنه ، ولا تكون بذلك خارجة من طاعته بغير حق بل خروجها بحق إذ لم يقم الزوج بالواجب عليه فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها لا تسقط إلا إذا كانت خارجة عن طاعته بغير حق ، فإذا لم تمتثل أمره بحق ، فلا تسقط .

= كالمبيع إذا أخذه المشتري من البائع كرهًا وإن أخذت الصداق ، فوجدته معيبًا ، فلها منع نفسها حتى يبدله ، أو يعطيها أرشه ؛ لأن صداقها صحيح . وإن لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها ، خرج على الوجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لها أن تمتنع . وكل موضع قلنا : لها الامتناع من تسليم نفسها . فلها السفر بغير إذن الزوج ؛ لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس ، فصارت كمن لا زوج لها . ولو بقي منه درهم ، كان كبقاء جميعه ؛ لأن كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ، ثبت له الحبس ببعضه ، كسائر الديون » .

(مادة ٢١٥)

لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَخْرُجَ لِزِيَارَةِ وَالِدَيْهَا فِي كُلِّ أُسْبُوعٍ مَرَّةً ، وَلِزِيَارَةِ مَحَارِمِهَا فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً ، وَلَا تَبِيتُ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْهُمْ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا ، وَلَا يَمْنَعُ أَبَوَيْهَا مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا لِزِيَارَتِهَا فِي كُلِّ جُمْعَةٍ مَرَّةً ، وَلَا غَيْرَهُمْ مِنَ الْمَحَارِمِ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً [١] .

* * *

١١٨٥ - وهناك أحوال يجوز للزوجة الخروج فيها بغير إذن الزوج ولو كان قائمًا بالواجب عليه ، ومنها خروجها لزيارة أبويها في كل أسبوع مرة ، ولزيارة محارمها في كل سنة مرة وتقدم كل ذلك مستوفى في شرح مادة (٢٠٧) .

(مادة ٢١٦)

إِذَا كَانَ أَبُو الزَّوْجَةِ مَرِيضًا مَرَضًا طَوِيلًا ، فَاحْتَاجَهَا وَلَمْ يَكُنْ لَدَيْهِ مَنْ يَقُومُ بِشَأْنِهِ ؛ فَعَلَيْهَا الذَّهَابُ إِلَيْهِ ، وَتَعَاهُدُهُ بِقَدْرِ احْتِيَاجِهِ ، وَلَوْ كَانَ غَيْرَ مُسْلِمٍ ، وَإِنْ أَبَى الزَّوْجُ ذَلِكَ .

* * *

١١٨٦ - ومن هذه الأحوال ما إذا كان أبو الزوجة مريضًا فاحتاج إليها لعدم من يقوم بشأنه ففي هذه الحالة يلزمها الذهاب إليه وتعاهده بقدر احتياجه ، رضي الزوج أو لم يرض ، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان الأب مسلمًا أو غير مسلم ، ومثله الأم لأن الشخص مأمور ببر الوالدين على قدر استطاعته ، ويكفي في الحث على وجوب بر الوالدين قوله جل وعز في شأنهما : ﴿ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ۝ وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِى صَغِيرًا ﴾ [٢] .

---

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٢٠٧) .

(٢) الإسراء : ٢٣ ، ٢٤ .

فهرس المجلد الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الفصل الثاني :